

FACULTAD DE DERECHO

Escuela Académico Profesional de Derecho

Tesis

**El abuso del derecho y la oposición en la
prescripción adquisitiva de dominio en sede
notarial en el Estado peruano**

Rosario Claudia Flores Panéz

Para optar el Título Profesional de Abogado

Huancayo, 2024

Repositorio Institucional Continental
Tesis digital



Esta obra está bajo una Licencia "Creative Commons Atribución 4.0 Internacional" .

INFORME DE CONFORMIDAD DE ORIGINALIDAD DE TRABAJO DE INVESTIGACIÓN

A : Decana de la Facultad de Derecho
DE : Carlos Enrique Huamán Rojas
Asesor de trabajo de investigación
ASUNTO : Remito resultado de evaluación de originalidad de trabajo de investigación
FECHA : 5 de Agosto de 2024

Con sumo agrado me dirijo a vuestro despacho para informar que, en mi condición de asesor del trabajo de investigación:

Título:

El abuso del derecho y la oposición en la prescripción adquisitiva de dominio en sede notarial en el Estado Peruano

Autores:

1. Rosario Claudia Flores Panéz – EAP. Derecho

Se procedió con la carga del documento a la plataforma "Turnitin" y se realizó la verificación completa de las coincidencias resaltadas por el software dando por resultado 16 % de similitud sin encontrarse hallazgos relacionados a plagio. Se utilizaron los siguientes filtros:

- Filtro de exclusión de bibliografía SI NO
- Filtro de exclusión de grupos de palabras menores
Nº de palabras excluidas (**en caso de elegir "SI"**): SI NO
- Exclusión de fuente por trabajo anterior del mismo estudiante SI NO

En consecuencia, se determina que el trabajo de investigación constituye un documento original al presentar similitud de otros autores (citas) por debajo del porcentaje establecido por la Universidad Continental.

Recae toda responsabilidad del contenido del trabajo de investigación sobre el autor y asesor, en concordancia a los principios expresados en el Reglamento del Registro Nacional de Trabajos conducentes a Grados y Títulos – RENATI y en la normativa de la Universidad Continental.

Atentamente,

Asesor
Ma. Carlos Enrique Huaman Rojas

DEDICATORIA

A Dios, por haberme otorgado vida y salud, para llegar a esta etapa de mi vida profesional.

A mis padres, Sebastian y Yolanda, por ser mi fortaleza e inspiración, quienes me guiaron en mi formación con sabiduría y amor.

A mis hermanos, Cecilia, Yesica y Juan Carlos, por sus consejos y su ejemplo de dedicación y profesionalismo.

A mi abuelita Pully y a Tomito, honrando su amor y compañía, los llevo siempre en mi corazón.

AGRADECIMIENTO

A mis familiares y amigos por su motivación durante el desarrollo de la tesis.

A mis maestros de la Universidad Continental por sus enseñanzas y los conocimientos compartidos.

RESUMEN

La presente investigación tiene como **objetivo general** analizar de qué manera se relaciona el abuso del derecho con la oposición en la prescripción adquisitiva de dominio en sede notarial en el Estado peruano, por ello, se usó el método de investigación jurídico dogmático, en específico, la hermenéutica jurídica. Asimismo, la investigación es de tipo básica o fundamental, de nivel correlacional, con un diseño no experimental y de tipo transeccional; por lo que se empleó la técnica de análisis documental mediante fichas textuales. El **resultado** más destacado fue la necesidad de regular un procedimiento adecuado para la presentación y atención de la oposición dentro del procedimiento de prescripción adquisitiva de dominio en sede notarial, con la incorporación de requisitos que permitan enervar la condición de opositor legítimo con un buen sustento documental y el pago correspondiente. La **conclusión** más importante fue que el abuso del derecho se relaciona de manera positiva con la oposición en la prescripción adquisitiva de dominio en sede notarial en el Estado peruano, ya que la regulación genérica actual permite que cualquier persona interponga la oposición sin cumplimiento de requisitos o acreditación de legitimidad representando un problema de inseguridad jurídica que afecta a la sociedad.

Palabras clave: abuso del derecho, oposición, prescripción adquisitiva de dominio notarial, mala fe, requisitos y procedimiento no contencioso.

ABSTRACT

The present research has the general objective of analyze the way in which the abuse of rights in related with the opposition in the acquisitive prescription of ownership in notarial proceedings in the Peruvian State, being the general's research question: How does the abuse of rights related to the opposition in the acquisitive prescription of ownership in notarial proceedings in the Peruvian State, that's why the dogmatic legal research method was used, specifically, the juridical hermeneutics. Likewise, the research is of basic type and correlational level, with a non-experimental design of transactional type, for which the documentary analysis technique was used by means of textual files. The most significant result was the need to regulate an adequate procedure for the presentation and attention of the opposition inside the procedure of acquisitive prescription of ownership in the notary's office, with the incorporation of requirements that allow the enervation of the condition of legitimate objector with a great documentary support and the appropriate payment. The most important conclusion was that: the abuse of rights is positively related to the opposition in the acquisitive prescription of ownership in notarial proceedings in the Peruvian State, since the current generic prescription allow that any person to interpose the opposition without the requirements' compliance or accreditation of legitimacy, representing a problem of juridical insecurity that affects the society

Keywords: abuse of rights, opposition, notarial acquisitive prescription of ownership, bad faith, requirements and non-contentious procedure.

LISTA DE CONTENIDO

DEDICATORIA	v
AGRADECIMIENTO	vi
RESUMEN	vii
ABSTRACT	viii
LISTA DE CONTENIDO	ix
INTRODUCCIÓN	xiii
CAPÍTULO I PLANTEAMIENTO DEL ESTUDIO	16
1.1. Descripción del Problema	16
1.2. Delimitación del Problema.....	18
1.2.1. Delimitación espacial	18
1.2.2. Delimitación temporal	19
1.2.3. Delimitación conceptual	19
1.3. Planteamiento y Formulación del Problema	19
1.3.1. Problema general.	19
1.3.2. Problemas específicos.....	20
1.4. Objetivos	20
1.4.1. Objetivo general	20
1.4.2. Objetivos específicos.....	20
1.5. Justificación.....	21
CAPÍTULO II MARCO TEÓRICO	22
2.1. Antecedentes del Problema	22
2.1.1. Antecedentes internacionales	22
2.1.2. Antecedentes nacionales.....	26
2.2. Bases Teóricas.....	30
2.2.1. Abuso del derecho	30
2.2.1.1. Antecedentes históricos	30
2.2.1.2. El derecho	34
2.2.1.2.1. Derechos objetivos	35
2.2.1.2.2. Derechos subjetivos.....	36
2.2.1.2.2.1. Concepto.....	36
2.2.1.2.2.2. Teorías representativas	37
2.2.1.2.2.3. Límites	39
2.2.1.3. Abuso del derecho.....	41

2.2.1.4. Teorías del abuso del derecho.....	42
2.2.1.4.1. Teorías negativas.....	42
2.2.1.4.2. Teorías positivas.....	43
2.2.1.5. Naturaleza jurídica del abuso del derecho	44
2.2.1.5.1. Como acto ilícito	44
2.2.1.5.2. Entre lo ilícito y lo lícito	46
2.2.1.5.3. Como acto ilícito <i>sui generis</i>	46
2.2.1.6. Regulación jurídica del abuso de derecho	47
2.2.1.7. Criterios que evidencian el abuso de derecho.....	55
2.2.1.7.1. Criterio subjetivo.....	55
2.2.1.7.2. Criterio objetivo	56
2.2.1.7.2. Criterio mixto	57
2.2.1.8. Presupuestos que evidencian el abuso de derecho.....	58
2.2.1.8.1. Existencia de un derecho subjetivo	59
2.2.1.8.2. Conflicto con intereses ajenos.....	60
2.2.1.8.3. Ejercicio irregular, antisocial o inmoral	60
2.2.1.8.4. Ocasión de un daño	60
2.2.1.8.5. Relación causal.....	60
2.2.1.8.6. Imputación del daño	61
2.2.1.8.7. No se requiere acreditación de dolo o culpa	61
2.2.1.9. Consecuencias del abuso del derecho	61
2.2.1.9.1. Imposibilidad o inexigibilidad del acto.....	61
2.2.1.9.2. Resarcimiento del daño por abuso	62
2.2.1.9.3. Cese del ejercicio abusivo del derecho	63
2.2.1.9.4. La inoponibilidad.	64
2.2.1.10. Abuso de derecho y orden público.....	65
2.2.1.11. Diferencias con figuras semejantes.....	65
2.2.1.11.1. Fraude a la ley	66
2.2.1.11.1. Abuso de poder.....	67
2.2.1.12. Abuso de derecho y la mala fe.....	67
2.2.1.12.1. Mala fe y dolo.....	68
2.2.1.12.2. Sanción para la mala fe.....	70
2.2.2. La oposición en la prescripción adquisitiva de dominio	72
2.2.2.1. Naturaleza jurídica de la prescripción adquisitiva de dominio	72
2.2.2.2. Definición de prescripción adquisitiva de dominio	72

2.2.2.3. Legislación comparada	73
2.2.2.4. Marco legal vigente.....	75
2.2.2.5. Elementos constitutivos	76
2.2.2.5.1. Posesión continua	76
2.2.2.5.2. Posesión pacífica	77
2.2.2.5.3. Posesión pública	78
2.2.2.5.4. Del comportamiento como propietario.....	78
2.2.2.6. Prescripción adquisitiva de dominio en sede administrativa y judicial.	79
2.2.2.6.1. PAD en sede administrativa	79
2.2.2.6.2. PAD en sede judicial	80
2.2.2.7. Prescripción adquisitiva de dominio en sede notarial.....	80
2.2.2.7.1. Antecedentes.....	80
2.2.2.7.2. Marco legal	80
2.2.2.7.3. Del procedimiento no contencioso	82
2.2.2.7.4. De la función notarial	83
2.2.2.7.5. Características del inmueble a prescribir.....	83
2.2.2.7.6. Requisitos y procedimiento	84
2.2.2.7.6.1. Presentación y admisión de la solicitud.....	85
2.2.2.7.6.2. Actuación notarial posterior a la admisión de la solicitud.....	86
2.2.2.7.7. La oposición	88
2.2.2.7.7.1. Definición	88
2.2.2.7.7.2. Marco legal	88
2.2.2.7.7.3. Requisitos y procedimiento.....	89
2.2.2.7.7.4. Del opositor y sus características.....	90
2.3. Definición de Términos.....	92
CAPÍTULO III HIPÓTESIS Y CATEGORÍAS	94
3.1. Hipótesis.....	94
3.1.1. Hipótesis general	94
3.1.2. Hipótesis específicas.....	94
3.2. Categoría	95
3.3. Operacionalización de categorías.....	96
CAPÍTULO IV METODOLOGÍA	98
4.1. Método de Investigación	98
4.2. Tipo investigación.....	98
4.5. Población y Muestra.....	99

4.6. Técnicas e Instrumentos de Recolección de Datos	101
4.6.1. Técnica de recolección de datos	101
4.6.2. Instrumento de recolección de datos	101
CAPÍTULO V RESULTADOS	102
5.1. Descripción de los Resultados.....	102
5.1.1. Análisis descriptivo de resultados del objetivo uno.....	102
5.1.2. Análisis descriptivo de resultados del objetivo dos	111
5.1.3. Análisis descriptivo de resultados del objetivo tres.	112
5.1.4. Análisis descriptivo de resultados del objetivo cuatro.....	115
5.2. Teorización de las Unidades Temáticas	116
5.2.1. La vulneración a los límites de los derechos subjetivos como presupuesto del abuso de derecho a razón de la regulación genérica de la oposición en la prescripción adquisitiva de dominio en sede notarial	116
5.2.2. La vulneración a los límites de los derechos subjetivos como presupuesto del abuso de derecho a razón de las características del opositor en la oposición en la prescripción adquisitiva de dominio en sede notarial.....	121
5.2.3. La incorporación de sanciones a la mala fe en relación con la regulación genérica de la oposición en la prescripción adquisitiva de dominio en sede notarial.....	126
5.2.4. La incorporación de sanciones a la mala fe en relación con las características del opositor en la prescripción adquisitiva de dominio en sede notarial.....	130
5.3. Discusión de los Resultados.....	132
5.4. Propuesta de Mejora.....	136
CONCLUSIONES.....	139
RECOMENDACIONES.....	141
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	142
ANEXOS.....	148
Anexo 01 Listado de abreviaturas	149
Anexo 02 Matriz de consistencia	150
Anexo 03 Aprobación del Comité de Ética.....	151
Anexo 04 Proyecto de Ley	152

INTRODUCCIÓN

El título de la presente tesis es “El abuso del derecho y la oposición en la prescripción adquisitiva de dominio en sede notarial en el Estado peruano”, **el cual versa** sobre la problemática que se presenta en la sociedad por la falta de requisitos específicos para la presentación de la oposición en el procedimiento de prescripción adquisitiva de dominio en sede notarial, la cual genera perjuicio cuando es presentada por terceros no legitimados y sin interés real. En ese sentido, **el propósito** fue modificar el literal g del artículo 5 de la Ley N.º 27333, a razón de que la normativa actual por su generalidad permite el abuso del derecho de oposición y causa perjuicio a terceros; por lo que es necesario que se otorgue seguridad jurídica tanto a poseedores y opositores legítimos dentro del mencionado procedimiento notarial.

Para el desarrollo de la presente investigación, los **principales antecedentes** al tema de investigación los siguientes: el trabajo de investigación titulado “Prescripción adquisitiva de dominio y derecho a la propiedad en sede notarial”, por Peralta (2022); el artículo jurídico titulado “Limites intrínsecos y extrínsecos al ejercicio de los derechos subjetivos”, investigado por Cossú (2021); la tesis titulada “La oposición en la prescripción adquisitiva de dominio notarial y su problemática”, por Gallegos (2020) y la tesis “La indebida utilización de la oposición en el procedimiento de prescripción adquisitiva de dominio de predios, en la ciudad de Huancayo, 2018”, por Ricaldi & Ramírez (2021).

Las **motivaciones para la realización** del presente trabajo, parten de la advertencia del vacío jurídico presente en el procedimiento de prescripción adquisitiva de dominio que se desarrolla en el ámbito notarial, situación que representa inseguridad jurídica para sus intervinientes, que perjudica el normal desarrollo de este procedimiento.

En ese sentido, la presente investigación empleará el **método de investigación** jurídica dogmática, específicamente la hermenéutica jurídica con el análisis de las instituciones

jurídicas empleando la interpretación exegética y sistemática. Cabe precisar además que la investigación es del tipo básica, de nivel correlacional y de diseño no experimental transeccional.

El **primer capítulo** contiene el desarrollo del planteamiento del problema, se aprecia la descripción del problema, la delimitación de los objetivos, consecuentemente las hipótesis y la justificación del presente trabajo de investigación.

El problema general fue ¿de qué manera se relaciona el abuso del derecho con la oposición en la prescripción adquisitiva de dominio en sede notarial en el Estado peruano? Mientras que el objetivo general fue analizar la manera en que se relaciona el abuso del derecho con la oposición en la prescripción adquisitiva de dominio en sede notarial en el Estado peruano.

El **segundo capítulo** comprende el marco teórico, es decir, el desarrollo de los antecedentes internacionales y nacionales empleados en la presente tesis, los cuales fueron de gran aporte para la contratación de ideas durante el desarrollo de la investigación. Asimismo, dentro del presente capítulo se desarrollan aspectos relevantes de las categorías de investigación.

A su vez, el **tercer capítulo** contiene las respuestas propuestas ante las interrogantes planteadas, asimismo se encuentran las categorías de estudio y la operacionalización de las mismas.

Mientras que el **cuarto capítulo** contiene la información metodológica que se utilizó para el desarrollo del presente trabajo, aplicándose el método de investigación jurídico dogmático, en específico, la hermenéutica jurídica. Asimismo, la presente investigación es del tipo básica y de nivel correlacional, cuenta con un diseño no experimental de tipo transeccional, por lo que se empleó la técnica de análisis documental mediante fichas textuales.

Asimismo, el **quinto capítulo** contiene los resultados obtenidos en la investigación, se sintetizó de forma ordenada la información obtenida del marco teórico para luego desarrollar la teorización de los resultados. Destacando entre ellos lo siguiente:

- La regulación genérica de la oposición permite que el mismo se ejerza de forma desviada y conlleva así al abuso del derecho, ya que no cuenta con requisitos a cumplir que limiten tal actuación, por lo que se requiere contar con normativa específica que prevenga el ejercicio de forma deliberada de tal derecho.
- Por ello, se ha evidenciado que el regular un procedimiento adecuado para la presentación y atención de la oposición dentro del procedimiento de prescripción adquisitiva de dominio en sede notarial es de vital importancia, más aún cuando se plantea incorporar requisitos que permitan conocer y enervar la condición de opositor legítimo con un buen sustento documental.

Asimismo, se ha realizado la discusión de resultados con los antecedentes de investigación consignados en el presente trabajo, con la finalidad de esquematizar una propuesta de mejora. Y, en la parte final, el presente trabajo, cuenta con las **conclusiones y recomendaciones** a las que se ha arribado con la investigación.

Es importante precisar que en cuanto a **alcance y limitaciones**, el presente trabajo es teórico, debido al tipo de investigación realizada y su aplicación comprende el ordenamiento jurídico peruano, por cuanto se centra en dicha normativa. Sin embargo, puede ser empleada como doctrina a nivel internacional.

Mediante este trabajo de investigación, la tesista espera contribuir con información académica para la comunidad jurídica, asimismo remarca la imperiosa necesidad de incorporar la propuesta normativa que se consigna a fin de contribuir al fortalecimiento de la seguridad jurídica en la sociedad.

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO DEL ESTUDIO

1.1. Descripción del Problema

En el 1999, el 20 de julio se publicó, en el diario oficial El Peruano, la Ley de Regularización de Edificaciones, del Procedimiento para la Declaratoria de Fábrica y del Régimen de Unidades Inmobiliarias de Propiedad Exclusiva y de Propiedad Común (Ley N.º 27157), la cual tiene entre sus finalidades impulsar, promover y regular el procedimiento adecuado para el saneamiento predial de diversos inmuebles. Dicha normativa trajo consigo algunas novedades, destacando entre ellas la facultad otorgada al notario para que pueda realizar el trámite de prescripción adquisitiva de dominio, siendo bien aceptada por el público, básicamente porque los trámites notariales contribuyen en gran medida al tráfico jurídico pues significan un gran ahorro de tiempo, a comparación de aquellos que se realizan en la vía judicial.

Con el pasar de los años, la figura de la prescripción adquisitiva en sede notarial empezó a funcionar, sin inconvenientes, muchos usuarios se beneficiaron con dicha modalidad de formalización, ya que esta permitía el dinamismo de la economía y sobre todo fortalecía la seguridad jurídica de los poseedores que al realizar dichos trámites lograban la formalización de su derecho de propiedad.

Sin embargo, en los últimos años, diversos operadores del derecho han ido evidenciando que dentro de la regulación del trámite de la prescripción adquisitiva de dominio en sede notarial, resalta la forma en la que se ha regulado la oposición, pues se aprecia que dicho acto de oposición puede ser realizado por cualquier persona sin mayor alcance al respecto. Lo cual nos lleva a un interrogante que resulta obvia, ¿qué pasaría si alguien se opone sin un interés legítimo o solo con ánimo de perjudicar a quien inicio el trámite de prescripción? Dicho vacío legal no pasó desapercibido por mucho tiempo, pues se han ido presentando ciertas

situaciones particulares, tales como lo señalado por Gallegos (2020), en su trabajo de investigación denominado “La oposición en la prescripción adquisitiva de dominio notarial y su problemática”, refiere a la relación generada entre la criminalidad y las oposiciones en los trámites de prescripción adquisitiva de dominio. Específicamente hace referencia a los traficantes de terreros y mafias dedicadas a ese giro de actividades, las cuales ejercen el derecho de oposición de forma desmedida con la única finalidad de obtener algún beneficio, en su mayoría de índole económico, es decir que amenazan con oponerse y piden a cambio sumas de dinero para no presentar dicha oposición, poniendo en riesgo a las personas que de buena fe buscan formalizar su derecho de propiedad.

Y es que si bien el derecho a la oposición se encuentra regulado dentro del procedimiento de prescripción adquisitiva notarial, **el diagnóstico del problema** se encuentra en la forma de dicha regulación, la cual al ser genérica permite que sea utilizada de forma excesiva y con fines ilegítimos. Esta práctica es más constante en los últimos años, tal como se aprecia en lo señalado por Ramírez (2019), mediante su trabajo de investigación denominado “La oposición de mala fe y la seguridad jurídica dentro del proceso de prescripción adquisitiva de dominio de bien inmueble en sede notarial en la provincia de Huamanga, periodo 2015-2018”, en el cual, a través de la recolección de datos, señala que entre el 2016 al 2018, la presentación de oposiciones se ha triplicado en dicha localidad y que algunas que obedecen a la mala fe se presentan con fines lucrativos, pues las realizan terceros no legitimados confundiendo a los usuarios para orillarlos a formalizar sus propiedades en la vía judicial.

Sin embargo, independientemente de la existencia de mayores datos estadísticos, estas circunstancias ya se veían venir, ya que al no exigir mayores características que cumplir por parte del opositor al trámite, cualquiera puede aprovecharse de tal circunstancia, y causan más de un perjuicio al solicitante, debilitando además la seguridad jurídica del procedimiento como tal.

Sobre la base de lo señalado, **el pronóstico del problema**, se ve relacionado con un perjuicio económico, ya que los derechos notariales, publicaciones y otros que se pagan para trámite no se pueden recuperar y se ven perdidos con la sola interposición de la oposición. De igual forma, se advierte perjuicios en cuanto al tiempo que se ve perdido, pues dentro del proceso de prescripción adquisitiva en sede notarial, al presentarse las oposiciones se da por finalizado dicho procedimiento derivando al solicitante a la vía judicial; aunque en ciertos casos los trámites se dan por concluidos y archivados en las mismas notarias, pues los usuarios son ariscos a la vía judicial, lo cual perjudica a la sociedad, pues afecta a la formalización predial. Evidenciándose con ello que tampoco se cumple la finalidad inicial de la norma que lo motivo y por consiguiente se continúa incrementando la carga procesal, por lo que es necesaria una limitación sobre el derecho de oposición.

Por lo expuesto, como **control del pronóstico**, se promueve una reforma a la regulación específica del derecho de oposición en la prescripción adquisitiva en sede notarial, estableciendo requisitos pertinentes que contribuyan a establecer características mínimas que deber acreditar el opositor, así como una sanción para el mismo en caso de incumplimiento, con la finalidad de evitar el abuso de tal derecho, resguardar y sobre todo para mantener la confianza en el trámite dentro de la competencia notarial respetando las limitaciones de la misma, a fin de no involucrar al notario en funciones que no le competan.

1.2. Delimitación del Problema

1.2.1. Delimitación espacial

Debido a que la investigación es de naturaleza jurídica cualitativa se desarrollará mediante el análisis de instituciones y figuras jurídicas. La principal es analizar la oposición en el procedimiento de prescripción adquisitiva de dominio en sede notarial, realizando especial énfasis en cuanto a su regulación, ya que dicho aspecto podría estar relacionado con la siguiente institución jurídica a analizar, la cual es el abuso del derecho, el cual se comprende en toda la

legislación peruana. Por lo expuesto, el espacio de investigación será el territorio peruano, toda vez que las normas que prescriben las instituciones y figuras jurídicas señaladas son de carácter obligatorio a nivel nacional.

1.2.2. Delimitación temporal

Remarcando la naturaleza jurídica de la investigación y en concordancia con lo señalado en el párrafo anterior, teniendo en cuenta que las categorías de investigación corresponden a instituciones jurídicas como son la oposición en el procedimiento de prescripción adquisitiva de dominio en sede notarial y el abuso del derecho, por consiguiente, el tiempo que considerará la presente investigación va en función a la vigencia de las instituciones jurídicas señaladas. Es por ello que el tiempo será hasta el 2023, dado que hasta la fecha ambas categorías están vigentes dentro del ordenamiento jurídico peruano.

1.2.3. Delimitación conceptual

La presente investigación se desarrollará con un enfoque positivista, basada en el análisis dogmático. En esa misma línea, la institución jurídica de la oposición en el procedimiento de prescripción adquisitiva de dominio en sede notarial y el abuso del derecho, contenidos en la regulación peruana, deben de estar en consonancia con los demás conceptos, figuras o instituciones jurídicas que se presenten a lo largo de la investigación. Por lo que se empleará la teoría *ius*-positivista, optando por considerar a la interpretación jurídica (exegética y sistemática) para el desarrollo de los parámetros de la investigación.

1.3. Planteamiento y Formulación del Problema

1.3.1. Problema general.

¿De qué manera se relaciona el abuso del derecho con la oposición en la prescripción adquisitiva de dominio en sede notarial en el Estado peruano?

1.3.2. Problemas específicos

- ¿De qué manera los límites de los derechos subjetivos como presupuesto del abuso de derecho se relaciona con la regulación genérica de la oposición en la prescripción adquisitiva de dominio en sede notarial en el Estado peruano?
- ¿De qué manera los límites de los derechos subjetivos como presupuesto del abuso de derecho se relaciona con las características del opositor en la prescripción adquisitiva de dominio en sede notarial en el Estado peruano?
- ¿De qué manera la sanción para la mala fe se relaciona con la regulación genérica de la prescripción adquisitiva de dominio en sede notarial en el Estado peruano?
- ¿De qué manera la sanción para la mala fe se relaciona con las características del opositor en la prescripción adquisitiva de dominio en sede notarial en el Estado peruano?

1.4. Objetivos

1.4.1. Objetivo general

Analizar la manera en que se relaciona el abuso del derecho con la oposición en la prescripción adquisitiva de dominio en sede notarial en el Estado peruano.

1.4.2. Objetivos específicos

- Identificar la manera en que los límites de los derechos subjetivos como presupuesto del abuso de derecho se relacionan con la regulación genérica de la oposición en la prescripción adquisitiva de dominio en sede notarial en el Estado peruano
- Identificar la manera en que los límites de los derechos subjetivos como presupuesto del abuso de derecho se relaciona con las características del opositor en la prescripción adquisitiva de dominio en sede notarial en el Estado peruano.

- Identificar la manera en que la sanción para la mala fe se relaciona con la regulación genérica de la oposición en la prescripción adquisitiva de dominio en sede notarial en el Estado peruano.
- Identificar la manera en que la sanción para la mala fe se relaciona con las características del opositor en la prescripción adquisitiva de dominio en sede notarial en el Estado peruano.

1.5. Justificación

La presente investigación tiene como aporte jurídico a la sociedad la de establecer requisitos pertinentes para la presentación de la oposición dentro del procedimiento de prescripción adquisitiva de dominio en sede notarial. Ello con el fin de que dicho procedimiento pueda desarrollarse dentro de la finalidad con la que fue creada, es decir, para contribuir con la regularización y formalización de la propiedad y sobre todo reducir la carga laboral procesal. Asimismo, con la delimitación de los requisitos para presentar la oposición se generará mayor respaldo jurídico y confianza en los usuarios/solicitantes de la prescripción adquisitiva de dominio, lo cual contribuirá a un mejor desarrollo en la sociedad. Asimismo, se brindará mayor confianza en cuanto a los procedimientos que se llevan dentro de la competencia notarial.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes del Problema

2.1.1. Antecedentes internacionales

Como primera investigación internacional, se tiene al artículo jurídico titulado “Límites intrínsecos y extrínsecos al ejercicio de los derechos subjetivos”, investigado por Cossú (2021), aprobado y editado por la revista *Científica Orbis Cognita*. En esta investigación, lo más importante fue la identificación de los límites intrínsecos y extrínsecos del ejercicio de los derechos subjetivos basados en la naturaleza de los mismos, con la consideración de los efectos del exterior y las normas que regulan los mismos. Esta investigación va acorde al tema de investigación, ya que reconocer y determinar los límites de los derechos subjetivos implica de forma primordial en la determinación del abuso del derecho, más aún cuando dicho abuso se ejerce mediante un derecho que se encuentra prescrito de forma genérica como es el caso de la oposición en la prescripción adquisitiva de dominio notarial, en ese sentido, la investigación citada concluye lo siguiente:

- Existe dualidad en la estructura de los derechos subjetivos en cuanto a la relación entre la norma y el individuo/el poder e interés.
- Las situaciones externas relacionadas al ejercicio del derecho subjetivo que afectan otros derechos, se consideran como límites extrínsecos.
- Debe entenderse que el ejercicio del derecho subjetivo está limitado de forma intrínseca por la norma en sí y su ejercicio basado en la buena fe, remarcando el conocimiento de los posibles daños que se causarían al ejercitar de forma contraria dichos derechos.

Como segunda investigación se tiene al artículo jurídico titulado “Abuso del derecho, propiedad e interés social: nuevas claves para la revisión de políticas habitacionales”, realizado por Etchichury & Pasquale (2019), publicado en la *Revista de Direito da Cidade*, Brasil. En

este artículo, lo más importante fue el enfoque que realiza del abuso del derecho en relación con el derecho de propiedad, por lo que refuerza el tema de investigación en el sentido que comparten la idea principal de promover normativas que limiten el abuso del derecho en casos relacionados con el derecho de propiedad, como en nuestro caso que se busca restringir el abuso del derecho a la oposición en la prescripción adquisitiva de dominio notarial, ya que el mismo por su regulación genérica permite que cualquier tercero se presente en el proceso y obstaculice la formalización de la propiedad a la que postulan los poseionarios de los predios a prescribir. La citada investigación concluye con lo siguiente:

- Al considerar una nueva concepción del abuso del derecho es importante realizar una revisión de la normativa en todos sus niveles para asegurar que no se transformen en inconstitucionales.
- Promueve la implementación de nuevas normativas relacionadas al derecho de propiedad que ayuden a limitar el desarrollo del abuso del derecho.

Como tercera investigación, se tiene el artículo jurídico titulado “El abuso del derecho en la legislación ecuatoriana y la seguridad jurídica de las partes procesales”, sustentado por Rivadeneira (2021) en Ecuador, para obtener el grado de Abogado de los Tribunales de la República. Su idea principal fue la necesidad de incorporar en el derecho positivo las medidas pertinentes para solucionar los conflictos que se presentan entre personas que ejercen sus derechos de manera abusiva y los terceros perjudicados, considerando para ello, acciones preventivas, correctivas y reparadoras. La investigación mencionada tuvo como conclusiones a las siguientes:

- El abuso del derecho emplea a la ley para ejercer un derecho con finalidades diferentes a los que persigue dicha ley, mientras que la mala fe está relacionada con la intención del sujeto de causar daño o perjuicio a otro empleando la ley, pudiendo ser las partes procesales o el juez.

- Constituye una conjetura jurídico-social, el abuso del derecho al extenderse por todo el sistema legal, que se evidencia en vacíos de la Ley, la intencionalidad de los ciudadanos al momento de ejercer. Por cuanto se requeriría prescribir las causas y efectos para estos casos a fin de procurar la tutela judicial efectiva y la seguridad jurídica.
- El principio de tutela judicial efectiva busca evitar el abuso del derecho, estableciendo que las partes involucradas en una relación jurídica se desenvuelvan con probidad y lealtad.
- Es necesario establecer reformas legales para figuras como el abuso del derecho, fraude a la ley o el abuso procesal, para que sean incluidos en la normativa correspondiente de manera clara y puntual, con la finalidad de eliminar las malas prácticas en la sociedad.

Como cuarto antecedente se tiene el trabajo de investigación titulado “Prescripción adquisitiva de dominio y derecho a la propiedad en sede notarial”, por Peralta (2022), sustentado en Cuenca, Ecuador para obtener el título de Abogada de los Tribunales de la República. Tuvo como idea principal que se debe de otorgar competencia a los notarios para que realicen el proceso de prescripción adquisitiva para aligerar la carga procesal de los juzgados y a la vez procurar el respeto por el derecho de propiedad de las personas. Esta investigación estuvo acorde al tema de investigación, ya que planteó un desarrollo similar al peruano, destacando la interconexión de funciones que realizan con los notarios, la cual si bien existe en Perú ha tenido deficiencias como se advierte en cuanto a la oposición en la prescripción adquisitiva de dominio. La investigación citada arribó a las siguientes conclusiones:

- Reconoce a la prescripción como figura jurídica con antecedentes romanos, mediante la cual se adquiere o extingue un derecho previa acreditación de condiciones temporales y legales, versando específicamente sobre el derecho de propiedad y la posesión de bienes muebles e inmuebles.

- La prescripción se realiza vía judicial, pues los jueces son los únicos competentes para ello de acuerdo con la ley, pero el proceso no termina ahí, sino que con la decisión de los jueces, las partes deben de proceder con la inscripción de la misma tanto en el registro como en las notarías.
- En mérito a la no complejidad del proceso, el sistema judicial se ha visto sobrecargado con una gran cantidad de solicitudes, por lo que se propone otorgar competencia a los notarios para que previo estudio de los casos y los documentos que se adjunten, pueda decidir al respecto otorgando o no el título de prescripción.

Finalmente, como quinto antecedente se tiene al trabajo de investigación titulado “Los medios probatorios y su incidencia en los juicios de prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio”, por Arteaga (2019), sustentado en Quevedo, Ecuador para obtener el título de Abogada de los Tribunales de la República. Tuvo como idea principal destacar la importancia y el respaldo que otorgan los medios probatorios que se presentan dentro de los procesos de prescripción adquisitiva de dominio. Dicha investigación estuvo acorde al tema de investigación, pues brinda referencia de los medios probatorios frecuentes que demuestran como mínimo que una persona tiene derechos del bien, por tanto, tiene legitimidad, lo cual resulta de vital importancia para evitar el abuso del derecho de oposición en la tramitación de la prescripción adquisitiva vía notarial. Adicionalmente en dicha investigación derivan las siguientes conclusiones:

- En la legislación ecuatoriana vigente se reconoce a la prescripción como una forma de adquisición o extinción de cosas, acciones o derechos ajenos, en mérito a haberlos poseído o ejercer acciones sobre ellos durante un periodo de tiempo.
- Los requisitos necesarios para que proceda la prescripción adquisitiva extraordinaria son los siguientes: que el bien tenga la calidad de prescriptible, que la posesión se ejerza con ánimo de dueño y señor (*animus* y *corpus*), que la posesión cumpla el periodo

establecido en la ley, que el bien a prescribir sea determinado, individualizado e identificable y, por último, que la acción sea dirigida contra el titular del derecho, acreditándose ello con el certificado de propiedad correspondiente.

2.1.2. Antecedentes nacionales

Como investigación nacional, se tiene al artículo jurídico titulado “El ejercicio abusivo de derecho del acreedor y su incidencia en el proceso de ejecución de garantías”, por Rodríguez (2020), aprobada y editada en la revista *Ius Revista de Investigación de la Facultad de Derecho*. La investigación tuvo como enfoque principal el limitar el ejercicio abusivo de derecho en los procesos de ejecución de garantías reales, a razón de que el tema no ha sido tratado por la doctrina a pesar de ser de alta incidencia en la sociedad, por lo que se busca unificar criterios judiciales respecto a los sustentos que acompañan el derecho de acción en la ejecución de las garantías, siendo así que esta investigación es acorde a nuestro tema de investigación, ya que aborda la necesidad de unificar criterios para una mejor aplicación de la norma, como sería el caso del derecho de oposición en el trámite de la prescripción adquisitiva de dominio en sede notarial, el cual por su redacción vaga y genérica ocasiona un ejercicio abusivo del mismo. La investigación citada tuvo las siguientes conclusiones:

- El ejercicio abusivo del derecho está relacionado con el principio de buena fe, el cual llevado al campo de la ejecución de garantías evidencia la actuación diferencial que ejecutan los jueces respecto a algunas figuras jurídicas como las liquidaciones de saldo deudor, entre otras que comparten entre sí la el perjuicio del ejecutado a razón de una muy amplia interpretación del artículo 690-D del Código Procesal Civil que si bien establece su aplicación excepcional, deja su valoración al criterio del juez.

Como segunda investigación, se tiene la tesis titulada “Efectos de la actual regulación normativa de la oposición a la prescripción adquisitiva de dominio predial notarial”, por Pérez (2019), sustentada en Trujillo para optar el grado de Abogada por la Universidad Nacional de

Trujillo. En esta investigación, lo más importante fue el análisis que se realizó sobre el efecto negativo que genera la redacción genérica del literal g) del artículo 5 de la Ley N.º 27333 referente a la oposición, la cual faculta una interpretación abierta del mencionado artículo y causa que se ejercite dicho derecho sin limitación alguna. Esto va relacionado a nuestro tema de investigación, ya que la ausencia de criterios específicos que encaminen el ejercicio del derecho de oposición faculta que sea empleado a conveniencia de quien la invoque afectando la razón de ser del procedimiento de prescripción adquisitiva de dominio notarial. Concluyó esta investigación lo siguiente:

- La presentación de oposiciones carentes de legitimidad para obrar, fundamentos coherentes y pruebas pertinentes, admitidas en el proceso de prescripción adquisitiva de dominio notarial, es uno de los efectos negativos del mencionado proceso.
- La vulneración al derecho constitucional de la propiedad del sujeto que prescribe, el perjuicio pecuniario que se le ocasiona y la debilitación a la seguridad jurídica del procedimiento notarial que se genera al no cumplir con los fines que se le encargaron y la latente congestión de carga al poder judicial, constituyen algunas de las razones que aclaman una reforma de la oposición regulada en la actual Ley N.º 27333.

Como tercera investigación, se tiene la tesis titulada “La oposición en la prescripción adquisitiva de dominio notarial y su problemática”, por Gallegos (2020), sustentada en Lima para optar el grado de Maestro en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional Federico Villareal. En esta investigación, lo más importante fue el perjuicio que se ocasiona al poseedor que realiza el trámite de la prescripción en relación con un tercero que se opone de mala fe. Dicha idea principal va acorde al tema de investigación, pues evidencia el perjuicio que se causa al poseedor que busca formalizar su situación, por lo que en busca de evitar tal perjuicio se pretende establecer criterios al derecho de oposición con la finalidad de evitar su abuso. La tesis citada concluyó lo siguiente:

- Se comprobó que una oposición planteada de forma indebida genera afectación, al existir la posibilidad que el opositor ilegítimo pida algo a cambio a razón de los altos valores de los inmuebles.
- Se genera perjuicio a todo el sistema notarial, pues ante dichas oposiciones presentadas por terceros ilegítimos generan desconfianza en los notarios, por lo que parte de la población opta por la vía judicial, lo cual va en contra de la finalidad que se consideró en las normativas que otorgaron las facultades a los notarios para realizar la prescripción adquisitiva y aligerar la carga procesal.
- Al no existir norma que prohíba o limite a las oposiciones, se continuará generando perjuicio, más aún por aquellas personas que han encontrado en este derecho de oposición la oportunidad para obtener ganancias.
- Los casos referidos a este tipo de oposiciones ilegítimas relacionadas con grupos delincuenciales, se han ido presentando en la sociedad, siendo que se podría considerar que ha pasado uno por cada notaria.
- Se evidencia además la falta de un trabajo conjunto por los operadores de la prescripción adquisitiva de dominio en sede notarial de forma seria que busque solucionar este inconveniente de la mejor manera, siendo urgente su actuar para generar uniformidad en los criterios pertinentes y salvaguardar la seguridad jurídica.
- Teniendo en cuenta la forma en la que se ha regulado el procedimiento de prescripción adquisitiva en sede notarial, es claro que los más afectados son los operadores directos y los notarios, quienes se encuentran limitados a lo señalado por la norma, por lo que ante la presentación de la oposición no cuentan con mecanismos pertinentes para resolver, lo que conlleva a la vía judicial, que perjudica al notario y llevándolo a considerar el dejar de realizar dichos procedimientos para evitar tales inconvenientes.

Como cuarta investigación, se tiene la tesis titulada “La oposición al proceso de prescripción adquisitiva de dominio en sede notarial”, por Pretel (2021), sustentada en Lima para optar el grado de Abogado por la Universidad Privada del Norte. En esta investigación, lo más importante fueron los perjuicios que se generan sobre la base de los vacíos que se encuentran en la normativa vigente de la prescripción adquisitiva de dominio en sede notarial, una vez más se deja en evidencia que la regulación genérica del derecho de oposición en el trámite de la prescripción adquisitiva de dominio, genera perjuicio al no contar con criterios específicos para su ejercicio, por lo que resulta fácil y evidente ejercer dicho derecho de forma abusiva. Se concluyó, en esta investigación, lo siguiente:

- La razón de facultar al notario para atender casos sobre prescripción adquisitiva de dominio se encuentra principalmente en la reducción de la carga procesal, sin embargo, dicha finalidad no se ha visto realizado, por diversos inconvenientes presentados en su tramitación, destacando entre ellos la oposición, la cual restringe la actuación del notario y ordena que se derive el caso al juzgado.
- La normativa específica que regula la prescripción adquisitiva de dominio en sede notarial, no es objetiva al tener un vacío respecto a las oposiciones, pues no establece criterios de revisión sobre la misma, lo cual resulta necesario para poder salvaguardar la seguridad jurídica.
- La sugerencia que comparte el autor se encuentra acorde a las facultades notariales y se basa en las funciones de los mismos abordadas desde distintas perspectivas con la cual se busca llegar a una adecuada interpretación y realización del acto procedimental.

Como quinta investigación, se tiene la tesis titulada “La indebida utilización de la oposición en el procedimiento de prescripción adquisitiva de dominio de predios, en la ciudad de Huancayo, 2018”, por Ricaldi & Ramírez (2021), sustentada en Huancayo, para optar el grado de Abogado por la Universidad Peruana Los Andes. En esta investigación, lo más

importante fue que la tramitación de la prescripción adquisitiva de dominio en sede notarial se ve perjudicada con la presentación de oposiciones por parte de terceros sin intereses válidos, coincidiendo una vez más con el tema de investigación pues la regulación genérica de la oposición permite que se ejerza de forma indistinta ocasionando perjuicios a los poseionarios que pretenden formalizar sus derechos de propiedad. La investigación citada concluye adicionalmente lo siguiente:

- El ejercicio indebido de la oposición en la prescripción adquisitiva de dominio repercute de forma directa y considerablemente significativa en la seguridad jurídica, ya que son presentadas sin legítimo interés o justificación.
- Se afecta de manera directa a los notarios que conocen las prescripciones adquisitivas, pues no cuentan con una norma que prescriba los requisitos pertinentes para realizar una oposición ajustada a ley.
- Al presentarse la oposición se afecta además el derecho a prescribir, el cual este contenido en el derecho a la propiedad, en consecuencia, se afecta también dicho derecho.

2.2. Bases Teóricas

2.2.1. Abuso del derecho

2.2.1.1. Antecedentes históricos

En el derecho romano, caracterizado principalmente por ser regido con un formalismo juicioso, se considera que existían someras concepciones relacionadas al abuso del derecho, las cuales no se referían al término de forma expresa sino se expresaban inmersas en opiniones específicas brindadas ante casos concretos.

Un claro ejemplo, se encuentra en el Digesto, donde el jurista Gayo consignó la expresión: *male enim nostro jure etti non debemus*, que se refiere a que no se debe usar mal el derecho; siendo dicha expresión configurada con posterioridad en la *exceptio doli generalis*,

que fue empleada como sanción en caso de abuso de un derecho formal sobre el mejor derecho de la contraparte. Por lo que dicha figura da luces de que los juristas de la época sí advirtieron el posible ejercicio abusivo de un derecho que podrían generar circunstancias injustas (Dacasa, 2022).

Prosiguiendo, durante la época del Medioevo, resalta la figura de la *aemulatis*, la cual versa sobre el ejercicio del derecho con intención de dañar; así también se tiene a la figura de las *inmisiones*, que a diferencia de la primera brinda mayor atención al efecto de la acción más no a la intención, exigiendo además al acto la reparación del daño ocasionado (Dacasa, 2022).

De dichas figuras, específicamente al existir personas que se veían perjudicadas por el uso de la *aemulatio*, se suscita la intervención del cristianismo, el cual sobre la base de preceptos morales con fines de mejorar la vida comunitaria dio pie al desarrollo de la teoría de los actos de emulación (Ordoqui, 2014).

Posteriormente se da a conocer como padre de la mencionada teoría a Ciño de Pistoia (citado por Jara, 2016, p. 23), quien señaló que la *aemulatio* o emulación consistía en lo siguiente: “(...) el ejercicio de un derecho subjetivo mediante la ejecución de actos animados con la intención inconfesable o disimulada de dañar, (...) por la envidia, los celos, el despecho y otros sentimientos negativos análogos (...) contra otra persona o bien ajeno”. Como lo describe el autor, la *aemulatio* era ejecutada con la clara intención de perjudicar al otro, siendo esa intención alimentada por consideraciones negativas.

Mientras que en lo que respecta a las *inmisiones*, se dio su propia teoría donde se advirtió que existían ciertas actividades que a pesar de ser ejercicios abusivos de determinados derechos estos podían ser permitidos siempre que fuesen actividades necesarias para actividades cotidianas siempre que no se sobrepasaran los límites tolerables (Ordoqui, 2014, p. 96).

Asimismo, dentro de lo considerado por el cristianismo, también se encuentra lo acotado por Molina al mencionar que el abuso de derecho como figura central inicia de la moción presentada por Santo Tomas de Aquino y de San Agustín, los cuales señalaban que era necesario limitar los derechos en pro de mantener el equilibrio en la sociedad (citado por Ordoqui, 2014)

Sin embargo, a pesar de todo lo descrito es claro que no existió una concepción expresa del término “abuso del derecho” (en adelante AD) o “ejercicio abusivo del derecho” (en adelante EAD), empero sí se advierte que los juristas de la época tenían presente tal situación.

Durante los años siguientes se emitieron dos sentencias que marcan un hito importante en el tratamiento del abuso de derecho como figura jurídica propiamente dicha, se trata de la sentencia de Colmar de 1855 y la sentencia de Lyon de 1856.

En palabras de Gonzales (2015) las referidas sentencias versan sobre lo siguiente:

En tal sentido, la famosa sentencia de la Corte de Colmar de 02 de mayo de 1855, tantas veces citada, se refiere a un propietario que edificó sobre su casa una chimenea inútil delante de la ventana de su vecino con la sola intención de perjudicarlo privándole de la luz. Allí se dijo que el derecho de propiedad “debe tener por límite la satisfacción de un interés serio y legítimo”. Un año después el Tribunal de Lyon sancionó a un propietario que instaló una bomba de agua en el subsuelo para succionar el agua de una fuente para el solo perjuicio a su vecino, pues el agua recolectada se conducía directamente al río. El propietario fue condenado, según palabras del Tribunal, pues había utilizado “el poder de abusar de su cosa inspirado exclusivamente por el ánimo de dañar (p. 12).

Como señaló el autor citado, la sentencia de Colmar señaló como límite al ejercicio de un derecho que exista la satisfacción de un provecho legítimo y en cuanto a la sentencia de Lyon indicó que no se podía abusar de un derecho con la única intención de dañar a otro.

Es así que dentro de la legalidad propia de la codificación napoleónica, se comenzó a generar jurisprudencia que tenía como finalidad frenar determinadas acciones que aparentemente eran lícitas (Díez-Picazo, 1992).

Coincide con lo señalado en el párrafo precedente Warat (citado por Vargas, 2015, p. 9) al señalar que el ejercicio abusivo del derecho nace en el siglo XIX, como una respuesta a la necesidad de frenar los excesos producidos por el ejercicio de los derechos de propiedad y libertad

Por lo antes descrito, es evidente que el abuso del derecho no es un tema de aparición reciente en el ámbito jurídico, cabe resaltar que la mayoría de autores ha coincidido con señalar que dicha figura tuvo como primera aparición propiamente dicha en Europa durante el siglo XIX, muy a pesar del contexto social que se presentaba en aquella época en relación con el surgimiento de la codificación liberal, lo cual resulta peculiar debido a que el abuso del derecho se presentaba con una imagen jurídica de inspiración social contraria al pensamiento individualista de la época. (Gonzales, 2015).

En esa misma línea señaló Borda (como se cita en Hess, Emiliozzi & Zárata, 2010):

(...) los juristas liberales consideraban que solo la ley puede y debe marcar el límite de las actividades del hombre; mientras las personas actúen dentro de aquellos límites, no hay por qué investigar su intención o preocuparse por el perjuicio sufrido por terceros (p. 2).

Dio a entender que únicamente la ley determinaba el límite de las acciones humanas y que si se mantenían en sí mismas no existiría fundamento para cuestionar el accionar o ver por los perjuicios que genere.

Sin embargo, a pesar de las nociones vertidas por los juristas respecto a los límites y el ejercicio abusivo de los derechos, la teoría propiamente elaborada al respecto es atribuida al

jurista Josserand, quien basado en la teoría de la relatividad admite la posibilidad del abuso de los derechos y busca oponerse a la concepción de los derechos individuales (Rutherford, 2013).

En palabras de Josserand (citado por Mayordomo, 2013): “Toda institución tiene un destino que constituyo su razón de ser contra el cual no es lícito levantarse; cada derecho está llamado a seguir una dirección determinada y no pueden los particulares cambiarla a su antojo en otra diferente” (p. 37). De lo que se entiende que las instituciones están reguladas con una finalidad, la cual no debe ser desviada con finalidades propias de terceros.

Como se pudo advertir del desarrollo de la evolución histórica del AD, las nociones de limitación del ejercicio de los derechos son bastante antiguas, lo cual demuestra la gran importancia de la misma dentro del ordenamiento jurídico con la finalidad de propiciar una sociedad plena y equilibrada, por lo que para el presente trabajo, se rescata la necesidad de adoptar límites al ejercicio de los derechos en pro de mejorar las relaciones en la sociedad.

2.2.1.2. El derecho

De lo desarrollado en los antecedentes, se advierte que el AD centra su desarrollo en el ejercicio del derecho como tal, por lo que resulta pertinente establecer un concepto de derecho, sin embargo, ante el gran bagaje de definiciones y conceptualizaciones que recibe dicho término y de acuerdo con las finalidades de la investigación, se ha optado por considerar la siguiente:

Primero, en palabras de Ordoqui (2014, p. 63) se debe entender al derecho de la siguiente manera: “(...) una realidad cultural integrada necesariamente por valores, hechos y normas que se relacionan e interaccionan mutuamente”, abarcando no solo una concepción clásica del derecho, si no que se incorpora factores externos. Esta concepción resulta atractiva para el tema en investigación, a razón de que evidencia que el derecho debe ser entendido no solo desde el punto de vista teórico, sino que debe ser relacionado con el interactuar humano dentro de la sociedad.

En esa misma línea, León Duguit (citado por Cuentas, 1997, p. 463) señaló lo siguiente: “El Derecho no es tanto la obra del legislador como el producto constante y espontáneo de los hechos”, considerando así que el derecho no solo es lo que está regulado, sino también lo que se suscita en la realidad. Dicha concepción, concuerda con la antes descrita en el párrafo anterior y es que resulta evidente la necesaria interrelación que se debe tener en cuenta al momento de definir al derecho, considerando que el mismo nace del interactuar humano.

Ambas conceptualizaciones descritas derivan a otra concepción que ha sido de gran aporte en el mundo jurídico, la cual es el Enfoque Tridimensional del Derecho establecido por el jurista Miguel Reale. Dicho enfoque señala que el derecho está integrado por tres factores: la norma, la realidad socioeconómica y los valores o los fines que persigue el ordenamiento jurídico (Ordoqui, 2014). En ese sentido, para el presente trabajo, se tendrá como concepto de derecho, el que deriva del enfoque tridimensional del derecho.

2.2.1.2.1. Derechos objetivos

Respecto a este punto, como es de conocimiento de la gran cantidad de operadores del derecho, se entiende al derecho objetivo como un conjunto de normas que regulan de forma obligatoria la vida en sociedad (Universidad Autónoma de México, 2016-2017).

En esa misma línea, se entiende al derecho objetivo también como el conjunto de normas que componen el ordenamiento jurídico. Puede definirse también como un conjunto de reglas de conducta que regirán entre los sujetos que conformen determinada sociedad (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2022).

Como se pudo advertir el concepto de derecho objetivo es el más conocido por la comunidad jurídica y es que resulta ser de uso común en el día a día. Básicamente, entenderemos al derecho objetivo como aquel que se encuentra plasmado de forma expresa en la norma.

2.2.1.2.2. Derechos subjetivos

Sobre este punto se brindará mayor atención al ser de vital importancia para la investigación, debido a que como se ha mencionado el AD tiene como punto de partida el ejercicio de un derecho, en específico de un derecho subjetivo, por lo que empezaremos por definir el mismo para luego ir conociendo acerca de sus teorías y límites.

2.2.1.2.2.1. Concepto

En palabras de Ordoqui:

El derecho subjetivo es una facultad que se puede ejercer por la sola decisión de la persona que puede utilizarlo en defensa de sus intereses, en la medida en que el orden jurídico se lo permita, y siempre que se actúe de buena fe y no se dañe injustamente a terceros (2014, p. 67).

Entendiéndose que el derecho subjetivo es el poder de decidir y ejercer un derecho respetando lo normado, las buenas costumbres y sin causar perjuicio a terceros.

Por otro lado, según Dabin (citado por Ordoqui, 2014, p. 68) definió al derecho subjetivo de la siguiente manera: “(...) la prerrogativa concedida a una persona por el derecho objetivo y garantizada por vías de derecho, de disponer como dueño de un bien que se reconoce le pertenece, bien como suyo bien como debido”, es decir, que el derecho subjetivo sería un privilegio otorgado por la ley que faculta al sujeto como amo de un determinado bien en todos los aspectos.

En esa misma línea, se define al derecho subjetivo como el ámbito de poder que otorga el sistema jurídico al sujeto para que satisfaga sus intereses legales (Cossú, 2021). Coincide una vez más con dicha idea Ordoqui (2014) al considerar que el derecho se ejerce en la sociedad, dentro de “un grupo organizado de personas que procuran vigilar que cada derecho se ejercite conforme a la finalidad por la que fue prescrito” (p. 73)

Y de igual forma coincide Carrillo (2018, p. 16) al señalar lo siguiente: “(...) el derecho subjetivo es aquel poder otorgado por el ordenamiento jurídico a la persona para satisfacer sus

intereses y necesidades; así, mediante este podrá desarrollarse, cumplir sus metas, expectativas y proyectos de vida”, considerando así al derecho subjetivo como una facultad otorgada por el estado para la satisfacción de necesidades del sujeto.

Es por ello que de las apreciaciones citadas, la autora consideró que el derecho subjetivo debe entenderse como la unión entre lo permitido por el ordenamiento jurídico, que queda a la voluntad del sujeto, el cual ejercerá dicho derecho sin causar daño a terceros o atentados contra la buena fe. Es decir, ejercer el derecho subjetivo de forma limitada a fin de no alterar la convivencia social.

2.2.1.2.2.2. Teorías representativas

A lo largo de la historia son tres teorías las que han alcanzado mayor atención respecto a los derechos subjetivos, las cuales son las teorías de Savigny, Ihering y Jellinek, algunas de ellas fueron modificadas por algunos juristas con posterioridad, pero dichas modificaciones no afectaban su esencia inicial.

Respecto a la primera teoría, postulada por Friedrich Carl von Savigny, se destaca la consideración a la voluntad del individuo como elemento principal del derecho subjetivo, siendo por dicha particularidad que se le conoce también como la Teoría de la Voluntad. Así, para el mencionado jurista, el derecho subjetivo es el poder que emana la voluntad del individuo, enmarcado por sus propios límites y ejercitado en la sociedad. Siendo esta primera concepción modificada con posterioridad por Bernhard Windscheid, quien consideró que el derecho subjetivo era proporcionado por el ordenamiento jurídico, es decir que independientemente de la decisión que tomara el individuo en sí se estaría desarrollando la voluntad del poder jurídico (Escobar, 1998). Por ejemplo, sobre la base del derecho a contratar, es ejercido por el sujeto a su libre voluntad, ya que la ley le da dicha facultad.

La segunda teoría fue la postulada por Rudolf von Ihering, la cual se destacó por ir en contra de lo señalado por la teoría de la voluntad, pues consideró como elemento central del

derecho subjetivo al interés y no a la voluntad, siendo que su teoría es conocida como la Teoría del Interés. Dicha concepción fue considerada luego de advertir que los sujetos ejercitan los derechos subjetivos no por voluntad si no para obtener algo o satisfacer una necesidad. Además, consideró como un segundo elemento importante la protección de dicho interés, pero que además es protegido por el ordenamiento jurídico, concluyó que el derecho subjetivo era un interés que gozaba de protección jurídica al momento de ser ejercido (Escobar, 1998). Por ejemplo, a una persona se le impone una multa de tránsito, y si de acuerdo con la regulación pertinente se puede objetar dicha multa, la persona sancionada objetará la misma de acuerdo con sus intereses, ya que la legislación misma se lo permite.

Finalmente, está la teoría postulada por Georg Jellinek, conocida como la Teoría Ecléctica, la cual se construye en la combinación de las dos anteriores, considerando que al derecho subjetivo como un interés tutelado por la voluntad del individuo. Esta también fue modificada con posterioridad por el jurista Michoud, quien consideró que el derecho subjetivo era un interés jurídicamente tutelado por el poder otorgado a la voluntad para que lo represente y defienda, ello básicamente para completar la postura de Jellinek, respecto a los casos en los que el individuo que buscaba ejercer el derecho no contara con el interés o la capacidad necesaria (Escobar, 1998). Por ejemplo, el ejercicio de actos que se desarrollan a través de poderes o delegación de facultades.

Como se ha descrito, dentro de cada teoría se encontraron aproximaciones conceptuales del derecho subjetivo muy similares, a las que se pudo observar en las conceptualizaciones descritas líneas arriba, en ese sentido cabe remarcar que dentro de las teorías se evidencia que el derecho subjetivo en su esencia está relacionado con la voluntad, el interés y la protección o reconocimiento que otorgue el ordenamiento jurídico al respecto, todo ello con la finalidad de asegurar la convivencia pacífica en la sociedad, por lo que, a consideración de la autora, la teoría ecléctica es la más completa.

2.2.1.2.2.3. Límites

De acuerdo con lo señalado en los antecedentes, el cuestionamiento al ejercicio correcto de los derechos subjetivos, siempre estuvo presente. Dicha duda fue atendida cuando se empezó a hablar de limitar a los derechos subjetivos con la finalidad de evitar que su libre ejercicio no se viera desnaturalizado o ejercido con malas intenciones que pudieran afectar a los demás.

Dentro de la doctrina, se ha establecido que son dos los límites que se aplican a los derechos subjetivos, los intrínsecos y los extrínsecos. Cabe mencionar que algunos autores emplean los términos de “límites internos y externos”. “límites naturales y genéricos” o “límites objetivos y subjetivos”, sin embargo, en esencia se refieren a lo mismo.

De acuerdo con lo señalado por Ordoqui (2014) en la búsqueda de generar y mantener un ambiente socialmente aceptable, se genera la idea de determinar límites para reconocer cuando un derecho sería lícito o no, estableciéndose dos tipos, los límites internos los cuales son los derivados de la esencia del derecho en sí y como límites externos a los que en el marco del ordenamiento jurídico atañen lo respecto a la buena fe y el mantenimiento del orden público.

De forma similar, Gonzales (2015) señaló que los límites intrínsecos son los presupuestos que se consignan en el derecho para que pueda ser ejercicio conforme a ley; mientras que los límites extrínsecos son aquellos ajenos al derecho subjetivo, es decir, los que se encuentran en el exterior y que suelen ser contradictorios a él.

En esa misma línea, Cossú (2021) brindó mayores detalles al señalar que dentro de los límites intrínsecos se encuentran dos aspectos; primero, los que derivan de su propia naturaleza, es decir, aquellos que al ser ejercidos a sobremanera resultan evidentes y configuran el abuso; segundo, los que derivan de la buena fe, entendiéndose estos como el cuidado que debe practicar el sujeto previo al ejercicio del derecho subjetivo desde un punto de vista ético, en el sentido de que debe ser consiente de los efectos que causará al ejercer sus derechos. Mientras

que en cuanto a los límites extrínsecos, señala que son aquellos que colisionan con derechos de igual o superior rango.

Con diferente terminología para los límites se encuentra lo señalado por Cuentas (1997) quien considera que el derecho en ejercicio se encuentra limitado de dos formas, objetiva y subjetiva. Siendo que la primera describe que no se puede sobrepasar los límites establecidos legalmente, mientras que la segunda indica que se debe ejercer el derecho en orden con las buenas costumbres y la finalidad de la sociedad.

Por otro lado, en cuanto a la terminología de “límites naturales y genéricos”, se entiende que los primeros eran los que derivaran del propio derecho y de su configuración en relación con las funciones económicas y sociales, mientras que los límites genéricos corresponden a los que se basan en el concepto del derecho y la finalidad por la que fue creada y concedida a su titular (Carrillo, 2018).

Por otro lado, según Ordoqui (2014), se puede distinguir también entre otros tres tipos de límites: primero los naturales, que son los que emanan de la norma; segundo, los temporales, que son aquellos con un tiempo limitado de vigencia y que por tal son perceptibles de caducar o prescribir; y finalmente los inconstitucionales, que básicamente se generan cuando se atenta contra el fin social del Estado.

Así también, existe otra posición en la que se considera que los límites de los derechos subjetivos devendrían de su contenido en sí, esta posición es la que consideraba Barros (1999), quien sostenía que cada tipo de derecho subjetivo cuenta con sus propios límites establecidos por los derechos de terceros o por los que estén objetivamente regulados, como lo sería un contrato o principios institucionales, realizando un énfasis especial en este tipo de límites que se considerarían como extrínsecos.

Como se ha descrito en los párrafos precedentes, la limitación de los derechos subjetivos se divide en dos aspectos. Primero, están aquellos que son propios del derecho en sí

y su regulación (intrínsecos); y segundo, los que tienen que ver con el derecho y su ejercicio en la sociedad (extrínsecos), siendo ambos importantes para comprender a los derechos subjetivos y sobre todo el ejercicio de los mismos, por ello, que para la investigación se optará por considerar la terminología de límites intrínsecos y extrínsecos.

2.2.1.3. Abuso del derecho

De acuerdo con lo señalado en los párrafos precedentes, los derechos subjetivos se encuentran limitados de forma extrínseca e intrínseca con la finalidad de evitar que sean ejercidos en contra de la finalidad para la que fueron creados. Sin embargo, dentro de las diversas legislaciones y en especial de la nuestra, se ha visto que la forma en la que se encuentran redactados algunos derechos dejan abierta la posibilidad de que estos sean ejercidos más allá de la finalidad que los motivaron, siendo esta acción conocida como el AD.

Dentro del Código Alemán de 1896, se consideró que la persona cometía abuso de derecho cuando ejercía el derecho con la finalidad de causar daño a otro o cuando su actitud fuese contraria a las buenas costumbres; por otro lado, en el Código Civil Suizo de 1907 se consideró al que el abuso de derecho se producía cuando la persona lo ejercía de forma contraria a la buena fe. Como es de advertirse, ambas concepciones son similares, siendo la concepción suiza la que inspiró a los legisladores peruanos cuando se incorporó la figura del abuso del derecho en el Código Civil peruano (Rodríguez, 1940).

Para el jurista Hess (citado por Vargas, 2015, p. 8), el abuso del derecho sería un postulado: “(...) propio de una visión solidarista del mundo jurídico, el cual frente al interrogante de si los derechos deben reconocer algún límite en su ejercicio, lo contesta afirmativamente, procurando evitar excesos en salvaguarda de los justos intereses de los demás individuos”. Esto considerando la existencia de los límites a los derechos subjetivos como parte de un concepto solidario con la sociedad.

Considerándola como una concepción propuesta el jurista Lluís y Navas (2020, p. 31) señaló lo siguiente: “(...) el abuso de derecho consiste en la extralimitación en el ejercicio de un derecho en perjuicio de tercero ya que el ejercicio contra su razón de ser constituye una extralimitación (...)”. Como menciona el jurista no solo basta el ejercicio de más del derecho si no que este dicho accionar debe causar un perjuicio a un tercero.

Así, para la investigación se considerará al AD como la figura jurídica que busca limitar los derechos subjetivos con la finalidad de procurar el bienestar social en conformidad con el ordenamiento jurídico.

2.2.1.4. Teorías del abuso del derecho

2.2.1.4.1. Teorías negativas

En cuanto a las teorías negativas, como su mismo nombre lo menciona, se encontraban los postulados que negaban la existencia del AD como figura jurídica dentro del ordenamiento.

El jurista peruano Cornejo consideraba que no es posible la inclusión del AD en el ordenamiento jurídico porque la figura no cuenta con una base sólida que lo sustente, por cuanto se basa en la aplicación de criterios sociales como el respeto a las buenas costumbres y la buena, dejando a la arbitrariedad del juez la decisión de determinar si un acto resulta abusivo o no, con lo cual se afectaría la seguridad jurídica y social (Vargas, 2015).

Para Leon Duguit, no era admisible el AD por cuanto la misma expresión le resulta contradictoria, al contener la palabra derecho y abuso al mismo tiempo. Para este autor y en relación con la corriente filosófica a la que pertenecía, no se reconocía la existencia del derecho subjetivo por lo que consideraba que el derecho existía tal cual como la ley lo había concedido y quedaba en la voluntad del sujeto si ejercitaba el derecho o no, pero sin que dicha facultad se considerara como un derecho subjetivo (Vargas, 2015).

Esta teoría negativa, en palabras de Jara (2016, p. 30) señaló lo siguiente:

Hablar, por tanto, de abuso de los derechos, es enunciar una fórmula inútil y aún incurrir en una logomaquia, [entendida como la discusión que se lleva a cabo atendiendo a las palabras y no al fondo del asunto] toda vez que cuando yo hago uso de mi derecho, mi acto es lícito y cuando no lo es, es porque he sobrepasado mi derecho y actúo sin derecho.

Refiriéndose el autor a que el ejercicio de un derecho es siempre lícito y que cuando pierda tal calidad devendría en un actuar ilícito.

Siendo evidente que para esta postura se mantenía un concepto individualista que consideraba a los derechos subjetivos como absolutos, reconociendo únicamente al legislador como aquel que confería o quitaba los mismos de acuerdo con las circunstancias, en suma, se considera que el derecho otorgado de forma objetiva no podría ser ejercicio de forma abusiva o devenir en un ilícito (Ordoqui, 2014).

Lo cual concuerda con lo señalado por Borda (citado por Ortiz, 2011, p. 27) cuando mencionó lo siguiente: “(...) la expresión de abuso del derecho implica una logomaquia; de un derecho se puede usar pero no abusar: el derecho cesa donde comienza el abuso (...)”, entendiéndose que el derecho debe ejercitarse de acuerdo con la ley, más no se puede abusar del mismo, porque dicha situación genera el fin del derecho como tal.

2.2.1.4.2. Teorías positivas

La Teoría del Exceso, basada en el criterio de que los derechos subjetivos son absolutos, consideraba que existía la posibilidad de que el ejercicio de un derecho se use de forma excesiva o fuera de lo prescribe y causa un daño, el cual debería de ser aprobado por el afectado como uno que vaya más allá de lo normal, esto a razón que consideraban que los efectos del daño debían de ser reflejo de su peligrosidad anormal, pero si no llegase a probarse lo señalado solo devendría en un acto ilícito y no correspondería indemnización alguna (Vargas, 2015).

En cuanto a la Teoría Ecléctica, se considera al AD como un intermedio entre los actos lícitos y los ilícitos, ya que los actos lícitos se verifican sin causar perjuicio a la sociedad ni terceros; mientras que los segundos se encuentran debidamente tipificados en la ley. Se ubica entonces al AD como un acto que resulta lícito al ser otorgado por la norma pero que puede ser considerado como ilícito si es que se analiza sobre la base de consideraciones sociales (Vargas, 2015).

Finalmente, respecto a la Teoría de la Responsabilidad Civil, se desglosa en cuanto a la postura del jurista De Trazegnies, que considera que el acto abusivo es un acto ilícito al no realizarse en consonancia con el bienestar social, por lo que se evidencia un ejercicio irregular del derecho que lo convierte en ilícito, el cual al no estar tipificado en la legislación conlleva a que se aplique la responsabilidad civil extracontractual. Por otro lado, se encuentra la postura de Warat y Rodríguez, para quienes el acto abusivo es lícito, pero que no va conforme a la sociedad por lo que no se podría aplicar la responsabilidad civil, ya que los elementos de la misma como el dolo y la culpa son distintos al acto abusivo (Vargas, 2015).

Así, de las teorías descritas, la autora considera a la Teoría Ecléctica como la de mayor importancia para la investigación, ya que es la que mayor desarrollo ha tenido dentro de la legislación nacional.

2.2.1.5. Naturaleza jurídica del abuso del derecho

Para continuar con el desarrollo del AD, es importante establecer la naturaleza jurídica del mismo, por lo que teniendo en cuenta las teorías ya descritas, optamos por contar principalmente a tres posturas que suelen ser las más representativas:

2.2.1.5.1. Como acto ilícito

Para entender esta postura, tomaremos el ejemplo que cita Ordoqui (2014, p. 153) al señalar lo siguiente:

El artículo 334 del C.C. Portugués de 1967 refleja con toda claridad esta postura al calificar directamente de ilegal el ejercicio del derecho cuando su titular exceda manifiestamente los límites impuestos por la buena fe, por las buenas costumbres o por la finalidad social o económica del derecho. Cuando existen normas que prohíben el abuso, de darse esta situación se está ante un ilícito.

Entendiéndose que el ejercicio de un derecho de forma contraria la buena fe y la finalidad socioeconómica que la prescribió configura un ilícito más no un ejercicio abusivo.

Lo cual para esta postura se desenvuelve finalmente en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, en busca de un resarcimiento si es que el daño ocasionado causo un perjuicio realmente efectivo.

Es preciso tener en cuenta ciertas diferencias entre el ejercicio abusivo y el acto ilícito; empezando por el hecho de que el acto ilícito es producto de una vulneración a la ley originada con o sin derecho, mientras que el abuso del derecho requiere del ejercicio de un derecho por el titular en sí mismo. Como segunda diferencia se ubican los presupuestos de dolo, culpa o negligencia requeridas para el acto ilícito, mientras que para el abuso del derecho dichas circunstancias no constituyen factores determinantes. Por último, como tercera diferencia, se relaciona con el daño, pues en un acto ilícito el daño afecta de forma directa a un tercero, mientras que en el abuso de derecho se puede afectar al mismo sujeto que lo ejerce o puede repercutir en la sociedad (Cuentas, 1997).

Lo que nos lleva a concluir respecto a este criterio que como señaló Josserand (citado por Ordoqui, 2014, p. 154): “(...) los derechos no son absolutos sino relativos, limitados a cumplir el fin para el que se crearon. Cuando existe un apartamiento de ese fin cometido legítimo, hay abuso”, destacando la existencia de la finalidad como límite de ejercicio del derecho para evitar abusos.

2.2.1.5.2. Entre lo ilícito y lo lícito

Respecto a esta consideración, según Giorgianni (citado por Ordoqui, 2014, p. 154): “(...) Se entiende que el acto abusivo es lícito en relación con un aspecto formal e ilícito en cuanto transgrede los valores implícitos en la norma”, es decir, que el autor considera una composición mixta respecto al acto abusivo.

Sin embargo, esta consideración no es aceptada a razón de que no se basa en una concepción integrada del derecho subjetivo como tal, pues lo está analizando los elementos subjetivos lejos de los objetivos, distorsionan la concepción que se ha venido generando respecto al AD (Ordoqui, 2014).

2.2.1.5.3. Como acto ilícito *sui generis*

Respecto a este criterio, en palabras de Atienza-Manero (citado por Ordoqui, 2014, p. 156) señaló lo siguiente: “(...) el abuso de derecho junto al fraude a la ley y a la desviación de poder como un ilícito atípico o “*sui generis*”. Se caracteriza por presentar discordia entre distintas normas del orden jurídico (...)”, refiriéndose el autor a que al catalogar determina figura como diferente a las otras preexistentes se genera un caos.

Similar concepción es la que mantiene Sessarego al considerar que en la normatividad se encuentran restricciones de dos tipos, las especiales que se encuentra estipuladas en las normas y, por otro lado, las generales que versan respecto a los deberes genéricos, en relación con el no exceso de un derecho subjetivo contraria a las buenas costumbres y sin causar daño a otros, mientras que busca lograr su finalidad socioeconómica (Jara, 2016).

En esa misma línea, señala Dacasa (2022, p. 144) lo siguiente: “Se trata de un acto ilícito con una naturaleza *sui generis*. Es así debido a que el acto ilícito común implica una violación a la norma y, contrario a ella, en el abuso del derecho se habla de que formal y aparentemente se cumple con lo estipulado en la ley si el objeto que se busca es contrario al espíritu de la norma”.

Dicha posición concuerda también con lo señalado por Ortiz (2011, p. 73):

Así, el abuso del derecho para esta concepción es de hecho un ilícito, pero *sui generis*, pues empieza a raíz del ejercicio de un derecho, pero que fue mal usado o desviado y que ha causado daño que genera la obligación de reparar o indemnizar.

Concretándose la idea de que se considera como un acto *sui generis* al nacer del ejercicio de un derecho genérico pero que en ese camino se desvía de su finalidad y termina y causa daño a otros, con la posibilidad adicional de tener que resarcir el mismo.

En esa misma línea, Ordoqui (2014, p. 155) consideró lo siguiente: “El abuso de derecho salvaguarda la coherencia y sistematización de los principios generales y la aplicación de los derechos subjetivos”, considerando al abuso del derecho como un recurso que contribuye al bienestar social.

El mismo autor señala además que la característica *sui generis* como tal radica en que se trata de un acto no lícito que originariamente si lo fue, además de que se encuentra entre el limbo de ambas concepciones al derivar de un derecho genérico y termina siendo un ilícito, por último, no es de considerarse como ilícito de la responsabilidad civil, a razón de que el ejercicio del derecho en si no siempre genera daños (Ordoqui, 2014).

En ese sentido, de acuerdo con lo descrito con anterioridad, la autora coincide con los autores que califican al AD como un acto *sui generis*, debido a lo ya descrito. Por lo que dicha concepción será la que se empleará en la investigación.

2.2.1.6. Regulación jurídica del abuso de derecho

El jurista Decanini (citado por Dacasa, 2022, p. 144) sostuvo lo siguiente:

El abuso del derecho es una categoría de conducta ilícita que no puede ser tipificada legalmente por sus caracteres externos, y que solo podrá ser determinada judicialmente después de una valoración del caso concreto, de modo tal que si ha irrogado algún perjuicio este deberá ser sancionado.

Entendiéndose al AD como una situación jurídica no pasible de ser regulada por sus particularidades, las cuales luego de ser valoradas por un juez facultan la determinación de la existencia de abuso o no. Sin embargo, sin perjuicio de la postura descrita, a la fecha en varios países el AD se encuentra regulado o ha sido desarrollado como jurisprudencia, siendo de mucho aporte en el ordenamiento jurídico. En ese sentido, el abuso del derecho cumple una función limitante del derecho en si pues se encuentra direccionado a evidenciar que el ejercicio de algún derecho está por encima de lo que corresponde.

Así, de acuerdo con lo señalado en los antecedentes históricos descritos líneas arriba, durante el desarrollo del siglo XIX, en el Código Alemán de 1896, se consignan dos artículos particulares el 226 y el 826, refiriéndose el primero a que se comete abuso de derecho cuando la finalidad del ejecutante es causar daño a otro; mientras que en el segundo artículo se refiere a que el abuso del derecho se presenta cuando atenta contra las buenas costumbres (Rodríguez, 1940).

Lo antes descrito coincidió con lo señalado por Díez-Picazo (1992, p. 6) al mencionar lo siguiente:

En el Derecho alemán, en la doble redacción del proyecto del Código Civil, aparece en primer lugar la vieja prohibición de los actos de emulación, que en el proyecto primero se refería únicamente al derecho de propiedad, pero que en el texto definitivo se refirió al ejercicio de cualquier derecho subjetivo.

Entendiéndose que la primera redacción del Código Civil alemán incluyó inicialmente la prohibición de los actos de emulación exclusivamente para el derecho de propiedad, pero luego se amplió dicha prohibición para el ejercicio de cualquier derecho,

En esa misma línea, se encuentran algunas disposiciones relativas al AD, señaladas en el Código Civil Italiano de 1942, específicamente en los artículos 833, 1344 y 1345, que señalaban la prohibición de actos que tengan como finalidad perjudicar o producir molestias a

terceros; que se considera ilícito los contratos que tengan la finalidad de cometer fraude a la ley o que busquen un fin ilícito, alejándose de la finalidad social de la ley, respectivamente, empero no existió una regulación específica que tratase el tema del AD como tal (Ordoqui, 2014).

Además, se presentaron situaciones similares con el Código Civil Suizo de las Obligaciones de 1907 y el Código Civil Griego de 1941, los cuales iban regulando la prohibición del abuso del derecho siempre que este causara perjuicio o atentara contra la buena fe o la estabilidad social del derecho (Ordoqui, 2014, p. 97).

Por otro lado, particular tratamiento se otorgó al AD en España, mediante la sentencia emitida por el Tribunal Supremo el 14/02/1944, de la cual según Díez-Picazo (1992) es importante recordar lo siguiente:

Los derechos subjetivos, aparte de sus límites legales, con frecuencia defectuosamente precisados, tienen otros de orden moral, teleológico y social, e incurre en responsabilidad el que obrando al amparo de una legalidad externa y de un aparente ejercicio de su derecho, traspasa, en realidad, los linderos impuestos al mismo por la equidad y la buena fe, con daño para terceros o para la sociedad; tesis ésta que ha sido patrocinada también por la doctrina científica patria, que ha reconocido y perfilado el concepto del abuso del derecho, considerándolo integrado por estos elementos esenciales: a) uso de un derecho objetivo o externamente legal; b) daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica; y, e) inmoralidad o anti socialidad de ese daño, manifestada en forma subjetiva (cuando el derecho se actúa con la intención de perjudicar o sencillamente sin un fin serio y legítimo) o bajo forma objetiva (cuando el daño proviene de exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho) (p. 7).

De acuerdo con lo citado, se aprecia que jurisprudencialmente se acepta la existencia de los límites al ejercicio del derecho, no solo los de carácter legal, sino también el moral,

teleológico y social. Además, menciona que aquel que traspase dichos límites y cause daño a terceros, será responsable. Y finalmente establece como elementos esenciales AD: el ejercicio del derecho objetivo legal, el daño a un interés no protegido por una norma especial; y la inmoralidad o anti socialidad de ese daño, ya sea en forma subjetiva u objetiva.

En el mismo sentido, señaló Dacasa (2022) lo siguiente:

Así, en el plano jurisdiccional, la STS 14-02-1944, sostenida por el jurista Castán Tobeñas, reconoce la existencia de un abuso del derecho en el ejercicio y el uso de una facultad objetivamente legal de forma inmoral y antisocial, cuando subjetivamente implica la intención de perjudicar o, sin un fin legítimo, objetivamente cuando el daño se genera por un exceso en su ejercicio (p. 139).

Se destaca la existencia del abuso del derecho regulado, pero ejercido de forma contraria a la moral y a la sociedad, aunada de la intención de causar perjuicio a terceros o sin finalidad legal.

El desarrollo jurisprudencial antes descrito sirvió de base para la redacción del artículo 7º del Código Civil español, el cual con el pasar de los años fue modificado sobre la base de una nueva sentencia del Tribunal Supremo de fecha 22/09/54, que considera al abuso del derecho como un principio general (Dacasa, 2022).

Y tras una última modificación ocasionada por la reforma de 1974, a la fecha el mencionado artículo prescribe lo siguiente:

Artículo 7.

1. Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe.
2. La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción

de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso (Código Civil, 1889).

Se evidencia una regulación que reconoce y exige el ejercicio de los derechos sobre la base de la buena fe, además advierte que la Ley no ampara el abuso o ejercicio antisocial del derecho y que dispone que aquel que ejerza su derecho fuera de los límites deberá indemnizar a quien resulte perjudicado y acatara las medidas pertinentes.

Por otra parte, al concentrar el tema en América Latina se diferencian dos corrientes, la primera que contiene a la figura del AD en forma explícita en su legislación y son países como Argentina, Cuba y Perú; mientras que la segunda, regula al AD de forma implícita y dispersa en su legislación y son países como Brasil, Uruguay y Bolivia (Dacasa, 2022).

Ahora bien, la regulación del AD en Argentina tuvo inicialmente algunos inconvenientes, pero llegó a plasmarse de forma expresa por primera vez con la reforma constitucional de 1949, instituyéndose en el artículo 35, a partir del cual los operadores del derecho empezaron a aplicarlo. Sin embargo, dicha regulación fue derogada y aquellos cuerpos legales que habían adoptado dicho criterio terminaron del mismo modo (Mayordomo, 2013).

No fue hasta la reforma de 1968 que se volvió a insertar de forma expresa al abuso del derecho en la legislación argentina, esto sucedió sobre la base de la reforma del artículo 1071 del Código Civil argentino que anteriormente tenía un tenor básico que negaba la existencia del abuso del derecho, sin embargo, ello cambió con la reforma impulsada por Borda, quien no solo logró dicha modificación sino que también aportó cambios significativos en otros artículos y cuerpos normativos a fin de lograr una legislación sistemática en la que se considere al AD y sus particularidades (Ordoqui, 2014).

Por otro lado, en cuanto a la regulación de Cuba, se consagró el abuso del derecho en el artículo 4 del Código Civil de 1988, en el que se dispone que los derechos reconocidos por

el mismo Código serán ejercidos en orden con su finalidad y devendrá en ilícito cuando sea ejercitado para perjudicar a terceros (Ordoqui, 2014).

En cuanto a la legislación de Perú, se considera que fue el Código Civil de 1936 el primer cuerpo legal a nivel de Latinoamérica que amparó el término “abuso del derecho” ubicándolo en su Título Preliminar, el cual señalaba lo siguiente:

Artículo II. La ley no ampara el abuso del derecho. El interesado puede exigir la adopción de las medidas necesarias para evitar o suprimir el abuso y, en su caso, la indemnización que corresponda. (Código Civil, 1936).

Dicho artículo fue modificado, con la entrada en vigencia del Código Civil de 1984, el cual, tiene la siguiente redacción:

Artículo II. La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusiva de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso (Código Civil, 1984).

Como se puede apreciar, aunque a la fecha se haya modificado dicho artículo y se encuentre vigente el Código Civil de 1984, lo relativo al AD se ha mantenido en cuenta a su esencia, siendo objeto de modificación únicamente su redacción (Rodríguez, 2020).

A la fecha el abuso de derecho se encuentra consagrado también dentro de la Carta Magna de Perú, es decir, en la Constitución Política de 1993, la cual en el segundo párrafo de su artículo 103 señala lo siguiente: “(...) La Constitución no ampara el abuso del derecho”. Remarcando con ello la incorporación del AD de manera expresa dentro del ordenamiento jurídico peruano.

Por lo que la Constitución al referirse que el AD no es amparado por el referido cuerpo normativo, obliga a que los derechos sean ejercitados sin causar perjuicio a terceros y que el ejercicio de los mismos no sea de forma descontrolada o sin interés (Rubio, 2015).

En vista a lo descrito, la inclusión del AD en la legislación peruana es respaldada por varios juristas entre ellos, tenemos lo señalado por Rubio (2015, p. 27): “(...) el abuso del derecho es una institución válida en sí misma, que tiene un lugar intermedio entre las conductas lícitas y expresamente ilícitas; que por lo tanto, ha sido correctamente recogido en los textos normativos (...)”, confirmando así el citado autor que el AD es válido como tal dentro de la normativa nacional y reviste de gran importancia.

Ahora bien, es importante precisar que dentro de la doctrina y normativa nacional no existe unanimidad en cuanto a la terminología correcta para la institución jurídica en estudio. Evidenciándose ello, al ser normada en la Constitución Política del Perú como “abuso del derecho”; mientras que en el Título Preliminar del Código Civil vigente, se optó por variar la denominación a “ejercicio abusivo del derecho”.

Al respecto, es pertinente evidenciar el contexto bajo, el cual ambos cuerpos normativos sustentan su redacción, ya que mientras la Constitución Política abarca una redacción genérica propia de su esencia; lo señalado en el Código Civil busca dar mayor precisión al respecto.

Cabe precisar que el AD incluso es considerado como un principio, por cuanto su aplicación abarca no solo una rama en específico del derecho si no que busca regir de manera general a los derechos subjetivos, ya sea por su ejercicio o su omisión.

En ese sentido, el cambio de redacción plasmado en la modificación del artículo II, del Título Preliminar del Código Civil de 1984, que se encuentra vigente a la fecha, se entiende como una precisión prudente en relación con la redacción original que busca aclarar la figura descrita dentro de un ámbito teórico, ya que dentro de la práctica aún con la redacción anterior, la normativa cumplía con su función (Castillo & Chipana, 2016).

Sobre la base de lo expuesto, dentro del ordenamiento jurídico peruano no existe unanimidad respecto a la correcta denominación de la institución jurídica en estudio, por cuanto

ambas han sido aceptadas y se encuentran reguladas de manera expresa, siendo válidas en sí mismas.

Por otro lado, en cuanto a los países en los que la regulación del AD es implícita y se encuentra dispersa; tenemos a Brasil, como se mencionó líneas arriba, que no regula el tema de forma expresa, si no que se encuentra contenida en el artículo 187 del Código Civil brasileño de 2022, en el que se considera como acto ilícito el ejercicio de un derecho que sobrepasa los límites establecidos en orden con la finalidad que los motivo o en con la buena fe (Ordoqui, 2014).

En cuanto a la legislación boliviana se considera que el AD se encuentra inmerso a lo regulado en el artículo 1279 del Código Civil promulgado en 1975, vigente desde el abril del año siguiente a la fecha, pues en la redacción del mencionado artículo se establece que los derechos deben ser ejercidos de acuerdo con su naturaleza y contenido, la buena fe y la finalidad económica social del derecho mismo. Cabe resaltar que en dicho artículo también se refiere a los deberes de la misma forma que los derechos (Código Civil, 1975, Decreto Ley 12760).

Por último, en cuanto a la legislación uruguaya, de forma similar a la legislación boliviana, cuenta con un solo artículo dentro del Código Civil, cuya redacción se relaciona con el AD, el artículo 1321, el cual señala que si una persona ejerce su derecho no daña a otras, mientras que no haya exceso en dicho ejercicio (Código Civil, 1994, Ley N.º 16603).

Y es que como se ha ido desarrollando en el presente trabajo el abuso del derecho surge como un medio para controlar los excesos producidos por el exceso de libertad en el ejercicio de determinados derechos, lo cual data desde los siglos XVIII y XIX (Rubio, 2015).

Es así que en distintos países ya se ha ido incorporando el AD dentro de sus legislaciones para emplearlo en salvaguarda y protección de sus sociedades.

2.2.1.7. Criterios que evidencian el abuso de derecho

Uno de los primeros juristas en desarrollar los criterios del AD fue Josserand, quien consideró los siguientes: el criterio intencional, relacionado con el ejercicio del derecho con la intención de dañar; el criterio técnico, que requería la existencia de culpa para aprobar el abuso; el criterio económico, relacionado con la falta de interés al ejercer el derecho y finalmente el criterio social o finalista, que consideraba al ejercicio con una finalidad distinta a la establecida como un abuso (Ordoqui, 2014).

A la fecha, los criterios señalados por Josserand se pueden resumir en subjetivos, objetivos y mixtos, los cuales se desarrollan a continuación.

2.2.1.7.1. Criterio subjetivo

Respecto a los criterios subjetivos, en palabras de Ordoqui (2014, p. 115): “(...) hay abuso de derecho cuando el derecho subjetivo se pone en ejercicio con el solo ánimo e intención de perjudicar a otro sujeto, o en cualquier caso, sin que su actuación origine un beneficio propio”; entendiéndose que se presenta el abuso de derecho al ejercitar determinado derecho con la clara intención de dañar a otro con solo una finalidad distinta al bienestar propio del accionante.

De igual forma señala Hess, Emiliozzi & Zárate al mencionar lo siguiente: “Según el criterio subjetivo existirá ejercicio abusivo del derecho cuando el sujeto actúe con la intención de perjudicar a otro (dolosamente), y aun cuando lo haga sólo culpablemente”, indicando los autores que el AD surge con el actuar intencional de causar perjuicio a otro o aun sin la intención como tal (2010, p. 4).

Resulta entonces que al no existir interés en el ejercicio de un derecho se genera daño a un tercero, revelando la intención del sujeto de haber actuado solo para generar el daño, por lo que no puede ser protegido legalmente (Mayordomo, 2013).

En ese sentido se puede inferir que el abuso del derecho se deduce de la intención de dañar o perjudicar, además de la presencia de una acción culposa y de la ausencia de actuar legítimo y ajustado a derecho (Ordoqui, 2014).

Cabe acotar que estas consideraciones del ámbito subjetivo aun cuando fueron ampliamente aceptadas, fueron cuestionadas por la relación de causalidad que contenían al considerar la existencia del daño como una especie de presupuesto a verificar para determinar el abuso del derecho. (Dacasa, 2022)

Por lo que también se le sumó como una crítica adicional el cómo probar la intencionalidad del sujeto para dañar o como determinar si su actuar fue culposo y además la falta de interés (Ordoqui, 2014, p. 116).

2.2.1.7.2. Criterio objetivo

Los criterios objetivos, según señala Ordoqui (2014, p. p. 116-117) se caracterizan por lo siguiente: “(...) hay abuso de derecho cuando éste es ejercido con anormalidad o irregularidad y ello ocurre cuando en el ejercicio del derecho existe apartamiento del fin o función para el que fue reconocido (...)”, considerando el autor que el abuso de derecho se presenta al ejercer el derecho de forma distinta con la que se regula y finalidad con la que fue prescrita.

Dicha concepción coincide con lo descrito por Mayordomo (2013, p. 45): “El abuso consiste en un ejercicio contrario al fin de su institución. Este criterio se refiere a que un acto se considera abusivo cuando es contrario al objeto por el cual fue creado el derecho, a su espíritu y finalidad”; indicando el autor que se considera como acto abusivo aquel que va contra del motivo, el ánimo y propósito por los que fue regulado.

En esa misma línea para Hess, Emiliozzi & Zárata (2010, p. 5): “(...) criterio objetivo entiende que media abuso del derecho cuando el titular los desvía de la finalidad que justifica

su existencia, con prescindencia de la reprochabilidad de la conducta abusiva, es decir, aunque su agente no actúe con dolo ni culpa”; entendiéndose que para tal criterio el ejercicio del derecho de forma desviada no requiere acreditar o demostrar que fue realizado con dolo o culpa.

Asimismo, en consideraciones del autor recién citado, otros doctrinarios consideraban que este criterio se relacionaba de manera directa con los conocidos principios generales del derecho, tales como la buena fe, las buenas costumbres y la moral, los cuales actuarían como límites ante tal ejercicio abusivo (Hess, Emiliozzi & Zárate, 2010).

Por lo que resulta pertinente un análisis respecto al propósito que se espera alcanzar cuando se ejerce el derecho subjetivo junto a la finalidad normativa para la que fue creada y de lo que resulte, de ser coherente no existiría abuso de derecho, caso contrario se habría configurado dicha figura (Ordoqui, 2014).

Es por ello que para Ordoqui (2014, p. 117): “El acto es normal o abusivo según se actúe o no con un móvil (legítimo) coincidente con el fin de la norma”, considerando como hecho fundamental para el abuso de derecho la relación entre el motivo y el propósito con el que se ejerza determinado derecho.

2.2.1.7.2. Criterio mixto

Siguiendo la línea de los criterios, es preciso desarrollar uno más que es el resultado de la fusión de los dos antes descritos, el subjetivo y objetivo, se trata entonces del criterio mixto.

Partiendo con lo mencionado por Hess, Emiliozzi & Zárate (2010, p. 5) al considerar lo siguiente: “(...) el criterio mixto entiende que habrá abuso del derecho siempre que concurren cualesquiera de los elementos caracterizantes señalados por los criterios precedentemente considerados”, considerando el autor al criterio mixto como un claro resultado de la presencia de alguno de los elementos o situaciones descritas en los criterios subjetivos y objetivos.

Respecto a este criterio, nace según Josserrand (citado por Ordoqui, 2014, p. 125): “(...) al considerar como abusivo todo ejercicio del derecho que implique una desviación con relación a la función social que debe cumplir ese derecho y que implique un actuar en atención a un motivo ilegítimo del agente”, es decir que el AD se configuraría cuando se ejerza un derecho desviado de su finalidad social y que además no responda a una motivación legítima.

Como se puede observar, son predominantes en la historia estos tres criterios, siendo que para la investigación resulta de mayor confianza el criterio objetivo, ya que es el más desarrollado y aceptado por los operadores del derecho.

2.2.1.8. Presupuestos que evidencian el abuso de derecho

Existen varias posturas al respecto, primero tenemos la señalada por el tratadista Emilio Romero, quien señaló que los requisitos determinantes del abuso del derecho serían cinco:

Primero, la presencia de un derecho objetivo; segundo, el ejercicio o la abstención de dicho derecho de forma externamente legal; tercero, causar perjuicio al derecho o interés de un tercero, el cual no cuenta con protección normativa específica; cuarto, que el perjuicio causado sea atribuible a quien lo ejerció en calidad de titular, siempre que se cumpla los siguientes:

- Ejercicio del derecho con dolo o culpa.
- Ejercer el derecho de forma irrazonable, anormal, desordenada o anómala.
- Ejercer el derecho sin razón o un interés legítimo.
- Ejercer el derecho en contra de la moral, buenas costumbres, la buena fe, derecho natural y los fines socioeconómicos del derecho.
- Ejercer el derecho con una finalidad distinta.
- Ejercer el derecho de forma desviada a los fines que la motivaron.
- Ejercer el derecho de forma irregular a pesar de haber podido usarlo de forma distinta y obtener los mismos resultados.

- Si el ejercicio del derecho genera un perjuicio mayor a las que se generarían con un uso común del mismo.

Finalmente, como requisito número cinco, está el nexo causal, “el cual debe de existir entre el ejercicio del derecho y el daño que se cause” (Rojas, 2020, pp. 8-9)

Por otro lado, se encuentra lo señalado por Dunia González, para quien los requisitos para la apreciación del AD, serían cuatro: como primer requisito básico considera al ejercicio de un derecho, entendiéndose como derecho a “la relación entre seres humanos y sus conductas intersubjetivas regladas por normas de acuerdo con valores que se intentan proteger”, según la autora, el ejercicio del derecho es una relación de acciones intersubjetivas que se desarrollan dentro del marco normativo en busca de salvaguardar los valores (González, 2016, p. 36).

Siendo ello así es que se considera que por tales interacciones subjetivas que se ejecutan dentro del marco normativo, ninguna de ellas debe entenderse como absoluta o total, por el contrario, es claro que existen límites para que no se generen daños entre sí. Como segundo requisito, se encuentra la falta de utilidad o la ausencia de beneficio que se manifiesta al ejercer el derecho. El tercer requisito es el respeto al perjuicio que se genera a un tercero, el cual no se encuentra protegido de forma específica por el ordenamiento jurídico. Finalmente considera también como requisito la antisocialidad del daño, la cual hace referencia al ejercicio del derecho sin un interés legítimo (González, 20167.)

Finalmente, la postura con la que coincide la autora, es la que señala Gustavo Ordoqui, para quien los presupuestos que evidencian el AD son siete:

2.2.1.8.1. Existencia de un derecho subjetivo

Respecto a este punto según Ordoqui (2014) como primer presupuesto a considerar está la existencia de un derecho subjetivo que faculta a determinado sujeto capaz de accionar u omitir el mismo. En ese sentido, el sujeto ejercerá el derecho inicialmente de forma lícita, sin embargo, llegará a un punto en el que afectará los intereses de un tercero protegido, no en el

sentido de perjudicar el derecho del tercero en sí, si no que se afecta el interés del tercero por no contar con protección normativa específica, pues solo cuenta con la protección de preceptos generales como buena fe y sus procedente.

2.2.1.8.2. Conflicto con intereses ajenos

Como segundo presupuesto, se encuentra el conflicto con intereses ajenos que se derivan del ejercicio del derecho subjetivo. No siendo estos conflictos entre derechos sino más bien un conflicto entre un derecho subjetivo y el interés ajeno. Así, para Sessarego (citado por Ordoqui 2014, p. 163): “(...) en el abuso de derecho existe la trasgresión de un deber genérico implícito en todo derecho subjetivo, consistente en el respeto debido de ciertos principios generales de derecho que marca la conducta debida al ejercer el derecho”, entendiéndose que el AD se configura al infraccionar el deber mínimo de obediencia a los principios generales que rigen el ordenamiento jurídico.

2.2.1.8.3. Ejercicio irregular, antisocial o inmoral

Este presupuesto es muy específico, pues consiste en esa peculiaridad negativa con la que se ejerce el derecho, lo cual convierte su inicial carácter lícito en ilícito.

2.2.1.8.4. Ocasión de un daño

Este presupuesto, en palabras de Ordoqui (2014, p. 164), consiste en lo siguiente: “La acción del orden jurídico por el abuso de derecho se da porque en definitiva, se perjudica a la contraparte o a un tercero injustamente, determinando un daño con entidad suficiente como para ser calificado de tal”, dando a entender el autor, que no cualquier daño ocasionado al tercero constituye AD.

2.2.1.8.5. Relación causal

Este presupuesto únicamente supone la existencia de una relación de causalidad entre el ejercicio del derecho y el daño al interés del tercero (Ordoqui, 2014).

2.2.1.8.6. Imputación del daño

Sobre este presupuesto, es claro que la imputabilidad del daño recae sobre quien lo ejercía, básicamente por aspectos de la siguiente manera: la posibilidad de haber actuado con dolo o culpa; haber ejercido el derecho de forma distinta o desviada; porque se actuó ejercitando el derecho sin un interés legítimo o simplemente sin interés; se actuó de mala fe; se ejerció el derecho de forma contraria a su finalidad o cuando se cause daño a un tercero sin interés alguno (Ordoqui, 2014).

2.2.1.8.7. No se requiere acreditación de dolo o culpa

De lo descrito con anterioridad se puede considerar que la culpa o el dolo no forman parte estructural del AD como tal, lo cual concuerda con lo señalado por Mosset (citada por Ordoqui, 2014, p. 164), quien señala lo siguiente: “(...) el abuso de derecho exige la contradicción del ejercicio de un derecho con sus fines que justificaron su reconocimiento por lo que se está ante un caso de responsabilidad objetiva”; entendiéndose que el abuso de derecho está relacionado con el hecho contradictorio que se genera al ejercitarse el mismo con una finalidad desviada o distinta a la que originalmente se le considero, más no se relaciona de forma específica con un actuar doloso o culposo propiamente dichos.

2.2.1.9. Consecuencias del abuso del derecho

Tomando la consideración del jurista Ordoqui (2014) a quien se ha citado ya con anterioridad, respecto a este punto, el mencionado autor considera que existen cuatro consecuencias particulares que devienen del ejercicio abusivo del derecho.

2.2.1.9.1. Imposibilidad o inexigibilidad del acto

Para Ordoqui, la imposibilidad o inexigibilidad del acto deviene como una consecuencia del EAD, a razón de que al ejercerse el derecho de forma abusiva, el titular que lo ejerció pierde tal derecho por el mismo hecho de haberlo ejercido de tal manera. Lo cual se desarrolla de manera semejante dentro de una o relación contractual, en la que esta

consecuencia del EAD se manifestaría cuando por el ejercicio abusivo de un derecho la prestación podría ser inexigible, ya que no podría exigirse a la otra parte que cumpla cuando la otra ejerció de forma abusiva su derecho, más aún si el abuso proviene de la parte que supone los mayores intereses, lo cual aunado a un actuar en contra de la buena fe, fortalecen la inexigibilidad de la prestación (Ordoqui, 2014).

En esa misma línea, en la regulación argentina con la modificación del artículo 7,2 del Título Preliminar del Código Civil, según Lluís y Navas (2020, p. 31) se “(...) admite que el abuso de derecho pueda dar lugar a responsabilidad civil, a nulidades y a medidas administrativas y judiciales para ponerle coto”, entendiéndose que el abuso de derecho genera efectos como la responsabilidad civil, nulidad entre otras, con las que se busca limitar tal abuso.

Dependiendo al país en el que se desarrolle el EAD, se consideran diversas opciones para el cese del ejercicio abusivo del derecho, por ejemplo, si hablamos de Argentina, se considera que la nulidad del acto sería lo que más interesa al tercero afectado, por lo que se consideran las siguientes medidas para solicitar dicha nulidad: la desestimación judicial, la nulidad sustantiva, la impugnación de acuerdos sociales abusivos catalogados de nocivos por la Ley de Sociedades Anónimas y para los casos de contratos se considera como opciones las medidas correctas, la nulidad como tal o la novación del contrato considerado abusivo (Lluís y Navas, 2020, p. 32).

2.2.1.9.2. Resarcimiento del daño por abuso

En palabras de Ordoqui (2014, p. 176), el EAD puede “(...) causar daños y operar como causa de justificación de perjuicios, existiendo en estas circunstancias daños lícitos no resarcibles. En estos casos el daño no es ilícito, pero se puede considerar necesario, por el interés afectado, que los mismos sean resarcidos”, entendiéndose que cuando se ocasione perjuicio producto del EAD, dicha afectación puede ser lícita pero no resarcible; sin embargo, de acuerdo con el interés de la parte afectada se puede considerar resarcible.

Es preciso acotar que dentro de la variedad de daños que existen, es importante que el daño o perjuicio que se derive del EAD sea resarcido, tomándose en cuenta desde el momento en que se ocasiona y con las pruebas pertinentes que lo respalden (Ordoqui, 2014).

Al respecto cabe precisar que la responsabilidad que se genera por el EAD, claramente no es del tipo penal pues no deviene de un acto ilícito, sino más bien se genera por el actuar contrario a las buenas costumbres, la moral y el ordenamiento jurídico, pero de manera no delictiva, el cual no necesariamente requiere ser enmarcado en un tipo de responsabilidad nuevo, si no que se puede considerar como responsabilidad contractual o extracontractual, ello a definirse sobre la base de la relación en al que se haya generado el abuso, con lo cual se tendría con mayor claridad los preceptos normativos a emplear para cada caso para lograr la compensación esperada, según Lluís y Navas (2020).

2.2.1.9.3. Cese del ejercicio abusivo del derecho

Como punto de partida se toma el principio de prevención, el cual tiene la misma importancia que el de resarcimiento en toda la extensión de la palabra. Y es que para este punto con o sin la materialización del daño, se considera que bastará solo la puesta en peligro para considerar un EAD, así también lo señala Ordoqui (2014, p. 179): “(...) Aquí no se exige certeza de un daño sino probabilidad, inminencia o previsibilidad cierta y objetiva de que tal perjuicio ocurrirá”, considerando el autor, que basta la sola probabilidad objetiva de que el perjuicio o daño se realizará originado por un EAD.

Resulta familiar el conocido dicho, más vale prevenir que lamentar, y es que el mismo aplica para diversos ámbitos, en este caso también haciéndose presente en el EAD, pues el ordenamiento jurídico y el derecho como tal no podrían ser solo espectadores de como un peligro inminente termina ocasionando un daño (Ordoqui, 2014).

En esa misma línea señala Ordoqui (2014, p. 182) lo siguiente: “En doctrina se admite que se puede accionar por abuso derecho no sólo para que se repare el daño causado sino para

evitar daños futuros y previsibles tratando de mitigar futuros perjuicios (...)", entendiéndose que el AD no solo contribuye a la reparación causada por los daños, sino que también contribuye de forma preventiva a reducir los futuros daños que se presentaran.

Coincide con lo descrito, el autor argentino Lluís y Navas (2020, pp. 32-33), al señalar lo siguiente: "Las sentencias de 6 de febrero de 1999 y 14 de mayo del 2002 admiten formalmente que la víctima del abuso puede interesar del cese de la conducta irregular, además de la indemnización por los daños causados", entendiéndose que el tercero perjudicado puede solicitar el cese del EAD y no solo eso, si no que puede considerar también una compensación por el perjuicio causado.

2.2.1.9.4. La inoponibilidad.

Al respecto según Vettori (citado por Ordoqui, 2014, p. 184): "se entiende que la declaratoria de inoponibilidad permite ignorar de una manera ficticia cierto acto por ser perjudicial a un tercero que en el caso es protegido por el ordenamiento jurídico", entendiéndose que la inoponibilidad respecto al tercero que se vería afectado no tiene mayor relevancia al gozar de protección legal.

Sin embargo, dicha inoponibilidad puede ser revertida si en caso se llega a comprobar que el tercero protegido, se encuentra ejerciendo de forma abusiva su oponibilidad en respecto al conocimiento de determinado contrato, esto debido a que el principio de oponibilidad guarda relación con el principio de la relatividad del contrato (Ordoqui, 2014, p. 184).

Así, los terceros que participen del acto abusivo de forma casual, sin voluntad no se verán obligados a compensar los daños que se causen; sin embargo, si en caso los terceros fueran parte del acto abusivo de manera intencional, claramente se verán responsables del perjuicio que se ocasione, dándose una situación similar a la que se desarrolla en la coautoría dentro del derecho penal (Lluís y Navas, 2020).

2.2.1.10. Abuso de derecho y orden público

Respecto a este punto, es importante realizar un énfasis en cuanto a los conceptos de ambos términos. De un lado, respecto al abuso del derecho, que cumple la función de límite de los derechos subjetivos a fin de que no transgredan su finalidad ni las buenas costumbres, moral, buena fe e incluso el orden público. Por otro lado, el orden público que se presenta como un límite tanto en el ámbito privado, como en el ámbito público; en el primero específicamente en cuanto al derecho de contratar, mediante el cual se busca promover la tutela de valores requeridos para el bien común. Y en el segundo evidenciando que los fines sociales prevalecerán ante los fines individuales siempre que estos últimos sean contrarios a la ley, las buenas costumbres, o de por sí no generen interés en el orden público como tal (Ordoqui, 2014).

Resalta el hecho de que para ambas instituciones, los derechos deben de ser ejercidos de forma tal que conserven el respeto por los intereses colectivos.

En esa misma línea, como señala Ordoqui (2014, p. 144): “El orden público marca límites en el proceder que no existen expresamente en la norma sino en los valores propios de la persona y de la sociedad (...)”, entendiéndose que los límites al ejercicio de los derechos se encuentran dentro de la norma en sí y se relacionan con los valores de quien los esté ejerciendo.

Es así que el orden público demuestra que no busca eliminar los intereses particulares, si no que busca amoldar los mismos con fines que aseguren el bien común en sociedad, no se pretende excluir a los particulares si no lograr la adaptación de los mismos a los preceptos establecidos por el ordenamiento jurídico, lo cual resulta conveniente para la sociedad (Ordoqui 2014).

2.2.1.11. Diferencias con figuras semejantes

En concordancia con lo ya expuesto, es importante demarcar la diferencia del abuso de derecho con otras instituciones con las que suele ser confundido.

2.2.1.11.1. Fraude a la ley

Respecto a esta figura, en la legislación argentina, se considera que el fraude a la ley consiste en el ejercicio de un derecho para eludir otro; mientras que el abuso del derecho trata sobre un ejercicio excesivo de determinado derecho que perjudica a un tercero. Siendo que ambas figuras coinciden específicamente en dos aspectos, nacen sobre la base de preceptos legales ya establecidos y tienen como finalidad una distinta a la que el legislador considero crear las leyes. Sin embargo, su finalidad en esencia marca la diferencia más clara, tal cual se describió al iniciar el presente párrafo, mientras que el fraude a la ley busca eludir a la misma, el abuso del derecho busca generar un daño a un tercero (Lluis y Navas, 2020).

Similar concepción es la que se considera en la legislación ecuatoriana, ya que consideran al fraude como una situación que esencialmente requiere de un artificio o burla con la finalidad de evitar la ejecución de otro derecho. Mientras que el abuso no requiere de artificio alguno, si no que se basa en el ejercicio de forma desmedida de determinado derecho con finalidad distinta a la deseada por la norma (Ortiz, 2011).

Y si bien ambas legislaciones extranjeras representan consideraciones válidas, se destaca la opinión de Ordoqui, quien respecto a este tema considera que son dos las características esenciales que demarcan la diferencia entre el AD y el fraude a la ley; primero, el AD nace de un ejercicio desviado de un derecho subjetivo mientras que el fraude a la ley nace de la infracción de un derecho objetivo, con el que se busca infringir otras. Segundo. Como segunda característica, es que el AD evidencia un ejercicio excesivo de un derecho subjetivo, mientras que en el fraude a la ley evidencia el incorrecto ejercicio de un derecho objetivo, con la finalidad de ejercer otras normas con finalidades desviadas a las consideradas por el ordenamiento jurídico. Adicionalmente, cabe destacar que el mismo autor señala que para el AD se requiere que quien ejerce el derecho subjetivo sea el titular del mismo, mientras que en el fraude a la ley no se requiere dicha legitimidad (Ordoqui, 2014, pp. 166-167).

2.2.1.11.1. Abuso de poder

La diferencia primordial radica en que para el abuso de poder se ejerce un derecho que fue otorgado específicamente por la ley para el bien de la sociedad, mientras que el AD consiste en el ejercicio de un derecho con fines personales (Ordoqui, 2014).

Coincide en esa misma línea Palombella al considerar que el abuso de poder se debe a un poder público que tiene fines relacionados al interés público, mientras que el AD se debe a un derecho privado que es ejercido según las finalidades del sujeto (Palombella, 2006).

2.2.1.12. Abuso de derecho y la mala fe

Como se pudo advertir de lo ya desarrollado, importa en el ejercicio del derecho subjetivo la intención con la que el sujeto decide ejercerlo, siendo que en su mayoría dicha intención corresponde a una intención negativa, es decir de causar daño, es decir actúa con mala fe, por lo que es pertinente tratar al respecto.

Para la Real Academia de la Lengua Española, se define a mala fe de la siguiente manera:

Manera de conducta, consciente y sin error, de la persona, en la elaboración de los hechos o actos jurídicos, en la que disimula y omite su deber de informar de todas las circunstancias de los hechos, cosas, actos u objetos que son materia de los derechos y obligaciones que se contraen, con la finalidad de mantener en el error en que se encuentra otra persona para obtener generalmente beneficios inequitativos o prestación a la que no tiene derecho (Real Academia de la Lengua Española)

Por consiguiente, se entiende que la mala fe implica el conocimiento del derecho y actos relacionados a este, de los cuales conservará determinadas características para obtener mayores beneficios o algún beneficio que no le corresponde.

Por otro lado, se tiene la concepción de la mala fe desde la posición filosófica que considero Jean Paul Sartre, para quien la mala fe consistía en una reacción emocional del ser humano, determinada como la angustia que siente la persona al darse cuenta que es un ser libre

y capaz de tomar las decisiones que considere, sin embargo, dicha angustia actúa como factor negativo, ya que confunde a la persona respecto de lo que es en sí y el mundo exterior (Segarra, 2021).

Así también, se considera, que la mala fe se evidencia cuando el sujeto conoce o cuenta con el deber de conocer una situación en particular, así como algunas características adicionales del mismo que se encuentren vinculadas con el derecho y sus particularidades propias dependiendo al acto jurídico que correspondan, las cuales al ser empleadas en contra de la función para la cual fueron creadas son rechazadas por el ordenamiento jurídico (Alferrillo, 2011).

Y es que destaca como característica principal de la mala fe, la realización de un acto ilegal e injusto contrarios a los establecidos legalmente, pues el sujeto que ejerce el derecho tiene el pleno conocimiento de que su acto es ilícito y que las consecuencias que genere su actuar podrían causar perjuicio hacia la persona contra quien las dirigió (Alterini, citado por Alferrillo, 2011).

Se reafirma entonces que la mala fe es el actuar contrario a lo señalado en las normas, las cuales establecen la forma en la que los sujetos de derecho deben comportarse (Galarreta, 2022).

2.2.1.12.1. Mala fe y dolo

Como se ha ido señalando, la mala fe se encuentra relacionada con el actuar de un sujeto al ejercer su derecho de forma contraria a la que fue prescrita, todo ello en busca de obtener un beneficio personal. Por otro lado, en cuanto al dolo, como se sabe de la amplia doctrina que versa del tema, se conecta con hechos delictivos, ya que deriva en un actuar completamente consciente que busca causar daño directo (Galarreta, 2022).

En la legislación argentina se reconocen tres tipos de dolo: dolo delictual, dolo como vicio del consentimiento y el dolo obligacional; sin embargo, ninguno de ellos se confunde con la mala fe por las razones siguientes:

En cuanto al primer tipo, la diferencia se encuentra en relación con el daño, ya que en los casos de la mala fe no solo puede darse por intención de provocar el daño, si no que puede pasar por una negligencia (Alferrillo, 2011).

Respecto al segundo tipo, se diferencia de la mala en el sentido que no existe vicio de la voluntad al ejercer el acto, sino que solo se impone la obligación de reparar los daños (Alferrillo, 2011).

Finalmente, en cuanto al tercer tipo, se le entiende como el dolo con el que se busca intencionalmente el no incumplir, teniendo el conocimiento de que dicho actuar causará perjuicios a su contraparte, diferenciándose este de la mala fe en el sentido de que requiere que se pruebe el aspecto subjetivo, mientras que en la mala fe solo importa el conocimiento que tenía el sujeto que incumple (Alferrillo, 2011).

Y es que como se viene describiendo, la mala fe y el dolo suelen ser bastante similares, por lo que se han generado distintas posturas en relación con el tema.

Primero, aquellos que consideran que la mala fe no es igual al dolo, basándose en la posibilidad de que se produzca la mala fe sin la aprobación y conocimiento pleno de todas las circunstancias pertinentes ya sea por causa inexcusable o negligencia (Alferrillo, 2011).

Por otro lado, se encuentra la postura que señala que la mala fe equivale a dolo, pues señala que el dolo implica una idea de mala fe, dicha afirmación encuentra respaldo en algunos pronunciamientos del mismo tenor que señalaban al que obraba de mala fe y causaba perjuicio por lo que sobre la base de dichas jurisprudencias señalaban que la mala fe debía ser considerada como factor de atribución respecto a la indemnización por daños (Alferrillo, 2011).

Como era de esperarse, también hubo un sector que consideró que la mala fe comprendía el dolo, basada en que la misma era el opuesto a la buena fe, por lo que señalaba que la mala fe tenía como finalidad el logro de un fin injusto o ilegal aprovechándose de medios patrocinados por la ley (Alferrillo, 2011).

Como se puede apreciar de la conceptualización de la mala fe, se advierte su relevancia para la investigación, específicamente porque se encuentra relacionada con esa intención de dañar a otra persona mediante el ejercicio de un derecho, que se encuentra regulado de manera genérica o deficiente, permitiendo así que pueda ser usado de forma tal que genera daño.

2.2.1.12.2. Sanción para la mala fe

Como se señaló con anterioridad los conceptos de mala fe y dolo, no son del todo iguales, siendo una diferencia más el que en la mayoría de ordenamientos jurídicos incluido el peruano, el dolo si es sancionado, pues en esencia es parte fundamental para la configuración de los hechos delictivos que se encuentran prescritos. Mientras que la mala fe en su mayoría si bien se encuentra tipificada para determinados actos, no se encuentra una sanción en específico para quien actúa con dicha intención,

Partiendo de uno de los cuerpos normativos más importantes del ordenamiento jurídico peruano, el Código Procesal Civil vigente, recoge en su artículo 112 los términos de “temeridad o mala fe”, respecto de los cuales establece casos específicos en los que se presentarían tales conceptos dentro de los procesos judiciales.

Dichos supuestos se llegan a complementar con la facultad sancionadora que se el Estado otorga a favor de los jueces de conformidad con lo señalado en el artículo 9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial vigente, en el cual se deja claro que los magistrados tienen las facultades de llamar la atención y sancionar imponiendo desde apercibimientos hasta una eventual destitución a los actores de los procesos judiciales que actúen de forma inapropiada,

con fines dilatorios o maliciosos o que falten a los deberes que les correspondan dentro del proceso judicial.

Lo normativa antes descrita claramente es de finalidad sancionadora, mediante la cual se busca asegurar que los procesos judiciales se realicen con total transparencia para ambas partes y lograr la tan anhelada justicia.

Llegado a este punto, resulta pertinente hacer una breve diferencia entre los conceptos de “temeridad” y “mala fe” dentro de la actividad procesal. Respecto a la temeridad procesal es el accionar fuera de lo normal o lo permitido que suele atacar la moralidad de su contraparte; mientras que la mala fe procesal es el empleo de actos procesales o facultades de las partes de forma contraria a la finalidad del proceso judicial, para obstaculizar el mismo (Palacios, 2016).

De la concepción citada sobre la mala fe, coincide con las que se han disertado con anterioridad, por lo que resulta llamativa la idea de aplicar dicha concepción en el ámbito de la competencia notarial, claro está respetando las limitaciones que obedece dicho ámbito como tal.

La idea antes señala parte del hecho que la mala fe, tanto en la doctrina como en lo prescrito en la actualidad en la normativa peruana busca evitar y sancionar a aquellos que obren con dicha intención, dado que ejercer derechos con mala fe claramente perjudican a la seguridad jurídica y por tanto afectan la convivencia pacífica de la sociedad, siendo pertinente que ante la presencia de actos en los que la mala fe se presente, exista como respuesta del estado una regulación específica que la límite y procure asegurar el bien social. En ese sentido, de conformidad con el tema de investigación y a consideración de la autora, evaluar una sanción en específico para aquellos que obren con mala fe y consecuentemente abusen del derecho a la oposición en los procedimientos de prescripción adquisitiva de dominio en sede notarial.

2.2.2. La oposición en la prescripción adquisitiva de dominio

2.2.2.1. Naturaleza jurídica de la prescripción adquisitiva de dominio

En cuanto a la naturaleza jurídica de la prescripción adquisitiva de dominio (en adelante PAD) algunos autores sostienen el debate respecto si es un modo originario o derivativo de adquirir la propiedad, siendo mayoritaria aquella que apoya a la primera postura.

Dicha postura considera que la PAD es un modo originario de adquisición de la propiedad, porque se basa en la posesión que ejerce el usucapiente durante un plazo legal determinado y acreditando requisitos adicionales, los cuales establecen una relación de causalidad. Incluso se considera que la PAD es una especie de situación preclusiva, pues parte en esencia de la falta de ejercicio sobre el predio por parte del antiguo titular, considerándose dicha falta de ejercicio como una muestra de poco interés, por lo que el Estado responde a dicha situación construyendo una forma en la que se pueda resguardar el interés que muestra el usucapiente, el cual para ser legal y desvirtuar cualquier reproche, debe cumplir requisitos predeterminados (Asencio & Calvay, 2018).

En ese sentido, al considerarse a la PAD como modo “originario” de adquisición de la propiedad, es pertinente aclarar a lo que se refiere dicha situación. El modo originario deviene cuando una persona adquiere la propiedad a razón de haber estado en una situación adquisitiva sin la intervención del propietario anterior mediante una transferencia o sin que se presente la cadena de transmisiones como tal (Gonzales, 2017).

A razón de lo descrito, para la futura investigación se considerará la concepción que considera a la PAD como un modo originario de adquisición de la propiedad.

2.2.2.2. Definición de prescripción adquisitiva de dominio

El jurista Avendaño & Avendaño (2017, p. 84) considera lo siguiente: “La prescripción adquisitiva es un modo de adquisición del derecho de propiedad, mediante la posesión de un bien durante un tiempo, de manera continua, pacífica y como propietario (...)” como se

advierte de la concepción del jurista citado, la PAD es una forma de adquisición del derecho de propiedad previo cumplimiento de ciertos requisitos previstos por la ley.

Comparte la definición antes descrita por Gallegos (2020), al señalar que la prescripción consiste en una forma originaria de adquisición del derecho de propiedad de bienes muebles e inmuebles sobre la base del transcurso del tiempo y el cumplimiento de determinados preceptos legales establecidos.

Asimismo, coincide el jurista Torres (citado por Tinajeros, 2022), al considerar a la PAD como una forma originaria de adquisición de la propiedad, basada en la posesión que cumplirá ciertos requisitos legales, la cual opera ante la falta de documentos que respalden la propiedad.

Como se aprecia de las concepciones señaladas, es importante resaltar que continúa presente el concepto de “modo originario de adquisición de la propiedad”, por lo que concuerda con lo descrito en la naturaleza jurídica de la PAD. Ahora bien, ya con una definición precisa respecto a la PAD, corresponde desarrollar su normativa.

2.2.2.3. Legislación comparada

Empezando por lo señalado en el ordenamiento jurídico venezolano, dentro de su jurisprudencia considera a la prescripción como una forma de adquirir la propiedad sobre las cosas, siempre que se haya ejercido una posesión legítima por un periodo de tiempo establecido, aunado al cumplimiento de ciertas prescripciones legales, tales como probar que la posesión ejercida haya sido legítima, continua, ininterrumpida, pacífica, inequívoca y sobre todo ejerciendo y demostrando la aptitud para ser propietario. Cabe precisar que la prescripción tiene carácter declarativo y se encuentra regulada en el Código de Procedimientos Civiles (Asencio & Calvay, 2018).

Ahora bien, en cuanto a la legislación colombiana, la prescripción se encuentra regulada en el Código Civil colombiano, entendiéndose a dicha figura como un modo de adquisición de

dominio de las cosas, por ejemplo, en caso de los bienes, siempre que se haya ejercido la posesión por el tiempo prescrito legalmente (plazo distinto de acuerdo con el caso sea ordinario o extraordinario) más la posesión real del bien, de forma ininterrumpida, siempre que sean un bien imprescriptible y que se hayan presentado la posesión de forma continua, pacífica y fuera de la clandestinidad (Asencio & Calvay, 2018).

Similar conceptualización es la que contiene la legislación chilena respecto a la prescripción, la misma que se encuentra prescrita en el Código Civil chileno, señalando que la prescripción es una forma de adquirir cosas ajenas, o de extinguir acciones y derechos de terceros a razón de que se ejerció posesión sobre las cosas y no se presentaron objeciones al respecto, la posesión antes mencionada debe de ejercerse durante el tiempo fijado por la ley y cumpliendo los demás requisitos que señale la ley (Asencio & Calvay, 2018).

Por otro lado en Ecuador, es similar a los países ya mencionados, la prescripción se encuentra regulada en el Código Civil y señala que para su configuración requiere que la posesión que se ejerza sea con la aptitud de amo y propietario, independientemente si tal persona tenga el bien porque si o por otra persona, siempre que no haya violencia, clandestinidad y que se ejerza la misma por un periodo de tiempo señalado en la ley, además que se deberá probar la posesión mediante hechos reales, tales como la existencia de construcciones, plantaciones, etc. (Asencio & Calvay, 2018).

Cabe precisar que, cada legislación antes señalada, cuenta con sus propias particularidades dentro del proceso de prescripción, las cuales no fueron expuestas por ser amplias y de mayor alcance al del presente trabajo.

Así, de todas las regulaciones descritas, es preciso resaltar que en su mayoría la prescripción es considera como un medio de obtención del derecho de propiedad que se configura con la posesión del bien de forma pacífica, continua e ininterrumpida por un periodo de tiempo que es determinado por la legislación correspondiente.

2.2.2.4. Marco legal vigente

Dentro de la regulación nacional, la PAD se encuentra regulada a nivel general en el Código Civil de 1984, entre los artículos 950 al 953, siendo de mayor importancia el artículo 950, redactado de la siguiente manera:

Artículo 950. La propiedad inmueble se adquiere por prescripción mediante la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante diez años.

Se adquiere a los cinco años cuando median justo título y buena fe (Código Civil, 1984).

Del artículo citado, la finalidad que pretende alcanzar la prescripción es la propiedad, asimismo se observa las condiciones que debe cumplir la posesión y los plazos a acreditar.

En el artículo siguiente de dicho cuerpo normativo, se realiza una precisión en cuanto a la PAD de los bienes muebles, señalando que se necesita la posesión continua, pacífica y pública como propietario, pero en un plazo menor, siendo necesario solo dos años si existiese buena fe, de lo contrario se requiere cuatro años.

Asimismo, en el artículo siguiente, se señala que la persona que adquiera la propiedad por medio de la PAD podrá iniciar un proceso judicial solicitando que se le reconozca como propietario del bien y por consiguiente se ordene la inscripción de la titularidad en el registro correspondiente.

Finalmente, en el artículo siguiente se describe lo relativo a la interrupción del término prescriptorio, señalando que dicho plazo se pierde cuando el poseedor no cuente con la posesión del bien o se le haya quitado la misma, sin embargo, dicho artículo precisa también que el plazo prescriptorio podrá recuperarse si el poseedor recupera la misma antes de que pase un año, o que la posesión como tal se le sea restituida por sentencia.

Como se señaló al iniciar este acápite, la PAD se encuentra regulada en el Código Civil de forma primigenia, la cual por obvias razones procederá a ser solicitada en la vía judicial, en la que seguirá de acuerdo con lo señalado en los artículos 504 y siguientes del Código Procesal

Civil, sin embargo, con el pasar de los años y de acuerdo con los cambios sociales es que los legisladores optaron por expandir la PAD a otros campos con motivos de fomentar la formalización de los inmuebles, es así que a la fecha también se cuenta con dos vías alternativas mediante las cuales se puede solicitar la PAD, las cuales son la vía administrativa y por otro lado se encuentra la vía notarial, las cuales cuentan con sus propias características adicionales, las cuales serán desarrolladas con posterioridad.

2.2.2.5. Elementos constitutivos

Como se ha ido mencionando, la PAD a nivel general tiene su punto de partida en la posesión, la que a su vez debe cumplir con requisitos establecidos legalmente que refuerzan su credibilidad, los cuales son las siguientes: posesión continua, pública, pacífica y un criterio considerado en los últimos años el comportamiento como propietario.

2.2.2.5.1. Posesión continua

La posesión continua es el primer elemento a ser evaluado, es importante considerar que la continuidad de la posesión no implica mantener sin excepción el control del bien, si no, basta con acreditar que dicha posesión se ejerce de forma potencial y que no hay interferencia de terceros de por medio. Asimismo, no debe entenderse que la continuidad sea la misma durante el tiempo de posesión, sino que puede ser variada respecto a cómo se esté aprovechando el inmueble en cuestión (Gonzales, 2017).

Asimismo, la dentro de la continuidad de la posesión se pueden presentar alguno de los siguientes tres escenarios: primero, cuando la posesión se ejerce sin interrupción; segundo, si hubiese interrupción esta debe ser menor a un año y tercero, aun cuando hubiese existido interrupción, posterior a esta se hubiese logrado restituir la continuidad mediante sentencia (Fajardo, 2021).

Lo antes señalado se encuentra plasmado en la redacción de los artículos 921 y 953 del del Código Civil. Asimismo, el derecho de posesión y su tiempo se cuenta según lo consignado en el artículo 904 del Código Civil, lo cual contribuye a una adecuada contabilización del plazo.

Respecto de este elemento es preciso acotar que se apoya de la presunción de continuidad en determinados casos la cual está regulada en el artículo 915 del Código Civil (Avendaño & Avendaño, 2017).

2.2.2.5.2. Posesión pacífica

Respecto a este elemento, su funcionalidad radica en que el derecho de posesión no se ejerce bajo ningún tipo de violencia, sin importar la forma en la que se haya obtenido la posesión, ya que incluso cuando de haberse obtenido empleando violencia, la contabilización del plazo se dará cuando cese la misma (Tinajeros, 2022).

Cabe precisar que la condición de “pacífica” que debe presentar la posesión no se ve afectada por sucesos particulares, tales como cartas notariales o la incoación de procesos judiciales, ya que estos mismos no demuestran que la posesión del bien se esté dando en mérito a actos de violencia, sin embargo, dichas actividades sí podrían afectar la continuidad del plazo de posesión, pero no afectan al criterio de posesión pacífica (Gonzales, 2017).

En concordancia con lo señalado en el párrafo anterior, como es de esperarse existirán personas que intenten desacreditar el derecho de posesión de una persona, por lo que los poseedores requieren de herramientas para defender su calidad de poseedores como tal. En este caso particular, cuando se ve amenazado el carácter de “posesión pacífica” es claro que el poseedor no puede actuar por impulsos o con violencia de forma deliberada, por lo que el legislador nacional opto por crear una acción que le brinde respaldo al poseedor ante determinados hechos, dicha acción es la defensa posesoria que se encuentra regulada en el artículo 920 del Código Civil (Asencio & Calvay, 2018).

2.2.2.5.3. Posesión pública

La finalidad de este elemento, se relaciona con el conocimiento público de que el poseedor ejerce su derecho como tal, sin esconderse de terceros ni en la clandestinidad (Fajardo, 2021).

Básicamente se considera de vital importancia este elemento, ya que el poseedor busca contradecir al propietario o al poseedor anterior a él, por lo que debe ejercer su derecho de tal manera que sea conocida por terceros (Asencio & Calvay, 2018)

Es preciso señalar que el ejercicio de la posesión dependiendo al bien que corresponda, deberá de ser manifestada de forma natural y ordinaria, sin abusar o forzar situaciones que la puedan desvirtuar. Asimismo, es importante precisar que la publicidad destaca por la facilidad con la que el poseedor logra evidenciar su derecho como tal ante tercero y no se mide en relación con la cantidad de personas que la puedan conocer (Gonzales, 2017).

2.2.2.5.4. Del comportamiento como propietario

Adicionalmente, es preciso acotar un elemento más, el cual es del tipo subjetivo, “el comportamiento como propietario”, esta consideración fue propuesta por Savigny. Dicha condición parte del latín *animus domini*, el cual es una actitud y no una idea o creencia, a partir de la cual se considera que el poseedor deberá actuar como propietario incluso antes de adquirir dicha condición, básicamente porque es consciente de que no es el titular, pero actúa como tal, caso distinto a lo que sucede con el arrendatario, quien conoce que su condición no es la misma a la del propietario, quien es a quien le paga la renta correspondiente (Avendaño & Avendaño, 2017, p. 87).

Cabe destacar respecto a este punto que el poseedor debe actuar como propietario del bien, más no creerse propietario, es decir que implica mayor relevancia las acciones que realice en relación con el bien como si fuese ya el propietario en sí (Asencio & Calvay, 2018).

Destaca así el *animus domini* del poseedor al conservar el bien por interés propio y actuar como propietario del mismo, sin la necesidad de tener un título en particular que lo legitime, excluyéndose a los poseedores mediatos, inmediatos y a aquellos que tengan dependencia de otro y ejerzan posesión del bien a nombre de este (Larico, 2017).

2.2.2.6. Prescripción adquisitiva de dominio en sede administrativa y judicial.

Al ser la PAD una institución bastante utilizada en la sociedad, se han regulado distintas formas para su tramitación, esto con fines de celeridad y sobre todo en un afán del legislador por lograr la reducción de la carga procesal.

Cabe aclarar que se consignaran breves apuntes acerca de la PAD en sede administrativa y en sede judicial en el presente acápite, debido a que por los fines de la futura investigación, se desarrollará lo pertinente a la PAD en sede notarial de forma individualizada en otro subtítulo.

2.2.2.6.1. PAD en sede administrativa

Mediante esta vía se tramita la PAD ante determinadas entidades estatales que cuentan con los recursos y competencias necesarias para realizar dicho procedimiento. En ese sentido las entidades del Estado, se encuentran distribuidas por diversos sectores, por ejemplo, COFOPRI para los casos de centro poblados; los gobiernos regionales, para los casos de titulación de predios estatales rústicos y para PAD direccionados a la formalización y titulación en casos de propiedad agraria; por último, se encuentran las municipalidades provinciales que abarcan a los asentamientos humanos y otros (Tinajeros, 2022).

Al respecto se desarrolla según lo señalado en la Resolución Ministerial N.º 0556-2015-MINAGRI, la cual contiene, en su artículo 4.2.1, los requisitos pertinentes para la declaración de propiedad por prescripción adquisitiva de dominio (Fajardo, 2021, pp. 41-42).

2.2.2.6.2. PAD en sede judicial

La tramitación de la PAD, en sede judicial, parte de lo estipulado en el artículo 950 del Código Civil en adelante y se tramita de conformidad con lo establecido en el artículo 504 del Código Procesal Civil. Dicho procedimiento es similar a que se aplica para la los títulos supletorios y para la rectificación de áreas y linderos (Asencio & Calvay, 2018).

Esta vía es empleada cuando dentro del proceso de PAD se presenta conflictos, es decir, que existe *litis* respecto al bien que se pretende prescribir, por lo cual es necesaria la intervención de un tercero, en este caso el juez, para poder determinar si es procedente o no la PAD.

2.2.2.7. Prescripción adquisitiva de dominio en sede notarial

2.2.2.7.1. Antecedentes

Básicamente la PAD en sede notarial tiene su origen en la Ley N.º 27157 denominada “Ley de regularización de edificaciones, del procedimiento para la declaratoria de fábrica y del régimen de unidades inmobiliarias de propiedad exclusiva y de propiedad común”, la cual fue promulgada el 15 de julio de 1999. Dicha ley establece la facultad del notario para realizar el trámite de la PAD en pro de contribuir con la regularización de edificaciones, declaratorias de fábrica entre otras para que las personas puedan acceder a los diversos beneficios que otorga la formalidad, como obtener financiamientos bancarios entre otros. Con posterioridad se emitieron otros cuerpos legales que contenían detalles respecto a la PAD propiamente en sede notarial, sobre su procedimiento, requisitos entre otros (Gálvez, 2014, p. p. 5-7).

2.2.2.7.2. Marco legal

La regulación nacional de la PAD, en sede notarial, inicia como ya se mencionó con la promulgación de la Ley N.º 27157 en el 1999, la cual al ser una ley que abarcaba diversos temas relacionados a la formalización de predios, no abordó de forma específica lo relativo a la PAD, por lo que en su contenido cuenta únicamente con dos artículos al respecto.

El primero de ellos, es el artículo 5, el cual hace mención expresa a la función notarial y acoge también al término de la oposición, señalando expresamente que de presentarse oposición alguna se procedería con la suspensión del trámite notarial (Ley N.º 27157, 1999).

Y, en segundo lugar, se encuentra el artículo 21, en el que se señala que en el trámite puede aplicarse lo señalado en el artículo 504 del Código Procesal Civil y artículo 5 de la propia ley, de ser necesario (Ley N.º 27157, 1999)

Como es evidente, los dos artículos descritos, resultaron insuficientes para comprender la forma en la que el legislador proponía el trámite de la PAD en sede notarial, por lo que posteriormente, con fecha 16 de febrero del 2000, se promulgó el Decreto Supremo N.º 008-2000-MTC, denominado Reglamento de la Ley N.º 27157 de Regularización de edificaciones, del procedimiento para la declaratoria de fábrica y del régimen de unidades inmobiliarias de propiedad exclusiva y de propiedad común, el cual cuenta con más de diez artículos en los cuales proporciona mayor información respecto a la tramitación de la PAD, los cuales pasaremos a desarrollar con posterioridad.

Posterior a ello con fecha 06 de noviembre del 2006 se promulgó el Texto Único Ordenado (en adelante TUO) del Reglamento antes descrito, mediante Decreto Supremo N.º 035-2006-VIVIENDA, el cual, dentro de su contenido dedica varios artículos en relación con la PAD y a la oposición, que pasaremos a desarrollar con posterioridad. En paralelo con la promulgación de las normas ya descritas, en el marco normativo propio de la actividad notarial, se fueron dando ciertas novedades.

La primera fue la Ley N.º 27333, denominada Ley Complementaria a la Ley N.º 26662, la Ley de Asuntos No Contenciosos de Competencia Notarial, para la Regularización de Edificaciones, la cual se promulgó el 17 de julio del 2000, como se puede apreciar fue posterior a la promulgación del Decreto Supremo N.º 008-2000-MTC, ello debido a que era necesario

determinar los alcances de la función notarial que se había otorgado con la promulgación de la Ley N.º 27157, no solo para la PAD sino para otras figuras contenidas en la misma ley.

Así, la Ley N.º 27333, contiene mayores alcances respecto a la función notarial en relación con la PAD, estableciendo como punto de partida que a dicho trámite le correspondería tramitarse únicamente como asunto no contencioso de competencia notarial, es por ello que dicha ley en su denominación menciona que es complementaria a la Ley N.º 26662, la cual data de año 1996 y regula los procedimientos no contenciosos que se atienden en la sede notarial. En lo que continúa de su contenido, se aprecia el procedimiento con el que se debe de tramitar la PAD y cabe resaltar que al ser esta una norma específica tiene prioridad respecto a otras que sean de carácter general (Ley N.º 27333, 2000).

Como resulta obvio, las leyes y decretos antes descritos, con el pasar de los años, han sufrido modificatorias, de las cuales se realizarán las precisiones correspondientes de ser el caso durante el desarrollo de la futura investigación.

2.2.2.7.3. Del procedimiento no contencioso

Los procesos no contenciosos se utilizan para casos en los que al menos de forma teórica, no existen intereses en conflicto o litigio como tal, por lo que tampoco se puede atribuir la calidad de demandante o demandado, pero que a pesar de ello, dentro del sistema peruano se contemple la figura de la oposición (Mandujano, 2018).

Cabe precisar que a nivel de la doctrina se diferencia además entre el concepto de “jurisdicción voluntaria” con “asunto o proceso no contencioso”, ya que respecto a la primera la facultad de acudir al juez aún es opcional, aun cuando no haya conflicto, si no que por la naturaleza del mismo es el juez el único con las facultades para atender el mismo. Mientras que los asuntos no contenciosos, solo son determinados funcionarios, como el caso del notario, los que son investidos con las facultades para atender los mismos, siendo expresa la característica de inexistencia de conflicto para que puedan atender la solicitud del usuario (Carazas, 2019).

En ese sentido, teniendo en cuenta el marco legal descrito con anterioridad, la PAD en sede notarial es tramitada como procedimiento no contencioso, es decir cuando no exista *litis* o conflicto de por medio, siendo que dicha situación se verá reflejada al no existir oposición alguna durante el procedimiento.

2.2.2.7.4. De la función notarial

Es importante desarrollar algunos alcances en relación con el desempeño de la función notarial en relación con la PAD, entre ellos, la calidad del notario como tal y el hecho de la competencia territorial.

Respecto al primer punto, es decir a la calidad del notario, es fundamental que el notario ante el que se tramitará la PAD, tenga la condición de abogado. Esta precisión se ha consignado en el artículo 3 de la Ley N.º 26662 (de aplicación supletoria a la Ley N.º 27157), ello debido a que con las normativas anteriores a las ahora vigentes respecto a la Ley del Notaria, no se exigía que para ostentar dicha posición se requiriese el título de abogado, sino que dicha exigencia se estableció con el Decreto Ley N.º 26002 de 1992 (Gálvez, 2014).

Por otro lado, respecto a la competencia territorial, la normatividad es clara al señalar en el artículo 5 de la Ley N.º 27157, que el notario competente es aquel que corresponde a la provincia en la que se encuentra el inmueble materia de PAD (Gálvez, 2014).

Lo antes señalado se ve reflejado también el artículo 6 del Decreto Supremo N.º 008-2000-MTC y su TUO.

2.2.2.7.5. Características del inmueble a prescribir

Conforme a lo señalado en el artículo 4 del Decreto Supremo N.º 008-2000-MTC, se entiende que la regularización que promueve la Ley N.º 27157 comprende a los predios urbanos y terrenos con proyecto de habilitación urbana aprobados y predios ubicados en zonas urbanas consolidadas y que se encuentren registradas como rústicas en el Registro correspondiente.

En ese sentido se debe entender a la condición de “predio urbano” a aquel que cuenta con recepción de obras o con la inscripción del proyecto de habilitación urbana, mientras que como “predio ubicado en zona urbana”, se entiende a aquel que aun cuando no posee lo descrito para el predio urbano, llevado a la realidad en sí, si cuenta con los servicios básicos que le otorgan la calidad de predio urbano (Gálvez, 2014, p. 8).

Ahora bien, respecto al supuesto de los terrenos que cuenten con proyecto de habilitación urbana, se tiene lo prescrito en el literal k del artículo 5 de la Ley N.º 27333, en el que se señala que dichos predios también pueden ser materia de regularización mediante la PAD sin mayor inconveniente.

Cabe precisar que dentro de los requisitos a presentar y el procedimiento a seguir para lograr la PAD, dado el tipo de predio se adjuntaran uno que otro requisito más, como por ejemplo para los casos de predios no inscritos se requiere de documentos que contribuyan a su identificación, por lo que en la práctica suele solicitarse el Certificado de Búsqueda Catastral expedido por la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos.

2.2.2.7.6. Requisitos y procedimiento

De lo descrito en el acápite anterior, los requisitos necesarios para iniciar el trámite de la PAD, se encuentran estipulados en el artículo 36 del Decreto Supremo N.º 008-2000 y en el artículo 36 del Decreto Supremo N.º 035-2006-VIVIENDA, en ambos casos lo que señalan las normas es que el interesado debe acreditar la posesión continua, pacífica y pública del inmueble por un tiempo de 10 años, aun cuando el inmueble no esté registrado y si estuviese registrado, una vez admitida la solicitud del interesado el notario procede a solicitar la inscripción de la anotación preventiva de la solicitud de prescripción (Decreto Supremo N.º 008-2000).

Respecto al procedimiento, la PAD en sede notarial se desarrolla conforme a lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley N.º 27333, adicionalmente se complementa con lo regulado en los artículos 35, 38, 39 del Decreto Supremo N.º 008-2000-MTC (Reglamento de la Ley

N.º 27157) y lo señalado en el TUO de dicho reglamento, el cual agrega ciertos datos adicionales respecto al trámite de la PAS en sus artículos 36, 38, 39. Cabe aclarar que lo que señala en las primeras líneas del artículo 5 de la Ley N.º 27333 haciendo referencia a que se deben cumplir los requisitos estipulados en el artículo 950 del Código Civil, no genera inconveniente alguno, pues lo señalado en el Código Civil es lo mismo que se señala en el artículo 36 del Decreto Supremo N.º 008-2000 y el artículo 36 del Decreto Supremo N.º 035-2006-VIVIENDA.

Es preciso aclarar que el trámite de la PAD en sede notarial se tramita como un asunto no contencioso, por lo que también se aplicaran las disposiciones contenidas en la Ley N.º 26662 en lo que resulte pertinente.

A continuación, se describirá el procedimiento a seguir para la PAD en sede notarial en conformidad con lo regulado en el artículo 5 de la Ley N.º 27333, la cual prima respecto a los Decreto Supremo N.º 008-2000-MTC (Reglamento de la Ley N.º 27157) y lo señalado en el TUO de dicho reglamento, por tratarse de una ley específica en la materia.

2.2.2.7.6.1. Presentación y admisión de la solicitud

Como paso inicial, para la PAD se presenta una solicitud ante el notario que tenga competencia en el territorio en el que se encuentra el bien que se pretende prescribir.

Recibida la solicitud, el notario verificará que se cumpla con lo señalado en el artículo 505 del Código Procesal Civil, es decir, que la solicitud contenga los datos relativos al tiempo de la posesión que acredita el solicitante y la de sus causantes (de ser el caso); la fecha y forma en la que inicio la misma, los datos del que sería el último propietario del bien y de ser el caso que existan colindantes, los datos y dirección a la que se les pueda notificar. Asimismo, deberán indicarse las características del bien de la forma más clara y exacta posible, por lo que se presentará documentos adicionales (con formalidades previas) que colaboren con la ubicación e identificación del bien en cuestión. Finalmente, de tratarse de un bien registrado, deberá de

acompañarse copia literal de los asientos registrales que se hayan generado en los últimos diez años, en los casos de predios urbanos y de los últimos cinco años, para los casos de inmuebles rústicos; y si en caso el bien no se encontrara registrado se presentará una certificación que acredite tal situación.

Asimismo, verificará que la solicitud se encuentre debidamente suscrita por el solicitante y de 3 a 6 personas mayores de 25 años en calidad de testigos, los cuales deben de señalar que conocen al solicitante e indicar por cuanto tiempo conoce que el solicitante posee el bien.

Siendo estos los criterios a evaluar de primer momento por el notario, para que acepte la solicitud y pueda continuar con el procedimiento de ley.

2.2.2.7.6.2. Actuación notarial posterior a la admisión de la solicitud

Una vez que el notario admita la solicitud del usuario, procede a extraer una parte de la misma para que la puede publicar por tres ocasiones con intervalos de 3 días en el Diario Oficial El Peruano o en su defecto en el diario que se encuentre autorizado para la publicación de avisos judiciales y además se publicará en un diario de circulación nacional. Cabe precisar que en dichos avisos se indicará también el nombre y la dirección del notario que viene realizando el trámite.

En el caso de un bien inscrito, se procederá a solicitar la inscripción de la anotación preventiva de la solicitud de prescripción.

Adicionalmente a las publicaciones descritas línea arriba, el notario procederá a notificar a los interesados (último titular conocido) y a los colindantes con direcciones conocidas. Además, procederá a colocar carteles en la fachada del inmueble que se busca prescribir; dichos carteles contendrán los datos principales del trámite.

Con posterioridad el notario de forma obligatoria se trasladará al inmueble en cuestión, en dicho lugar extenderá un acta de presencia, comprobando la posesión pacífica y pública del

solicitante, asimismo describirá el inmueble y las declaraciones que realicen las personas que se encuentren en los predios colindantes.

Contando 25 días desde la última publicación de los avisos y sin que medie oposición alguna, el notario rellenará el formulario registral declarando que se adquirió la propiedad del bien por prescripción y procederá a archivar los demás actuados en el Registro Notarial correspondiente a los Asuntos No Contenciosos, como segunda opción a solicitud del solicitante se puede elevar a escritura pública la solicitud presentada para iniciar el trámite, a la cual se deberá insertar además los avisos y el acta de presencia que realizó el notario en el inmueble, y los demás que consideren el solicitante y el notario. Respecto a este punto es preciso aclarar que en la redacción del Decreto Supremo N.º 008-2000-MTC (Reglamento de la Ley N.º 27157) y lo señalado en el TUO de dicho reglamento, se consigna que el plazo a contar desde la publicación de los avisos es de 30 días, sin embargo, como se precisó líneas arriba, al ser la Ley N.º 27333, de mayor jerarquía, prevalece la misma respecto a las otras.

En caso de que se hubiese presentado oposición, la norma señala que el notario finalizará el trámite, haciendo de conocimiento del solicitante, Colegio de notarios y oficina registral correspondiente. Ante dicha situación el solicitante puede tramitar su solicitud de prescripción por la vía judicial, o la arbitral de corresponder. Cabe precisar que sobre este tema se disertará con mayor profundidad en los acápites posteriores.

Adicionalmente, el notario debe adjuntar para la presentación ante la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos las copias certificadas de los planos referidos en la Ley N.º 27157.

Se precisa que tanto el formulario como el parte notarial de la escritura pública que contengan la declaración de propiedad por prescripción constituyen título suficiente para que se inscriba el derecho de propiedad y se cancele el anterior que favorezca al propietario antiguo.

Es preciso acotar que este tipo de trámite es aplicable también para los casos de prescripción adquisitiva de dominio de terrenos que se encuentran en zonas urbanas y que no cuenten con edificaciones.

2.2.2.7.7. La oposición

2.2.2.7.7.1. Definición

Claramente el concepto de oposición está relacionado con la ya conocida contradicción que es empleada en el derecho procesal civil, sin embargo, para los asuntos no contenciosos, se emplea el término de “oposición”, la cual en los casos de la PAD en sede notarial conlleva la culminación de dicho procedimiento (Asencio & Calvay, 2018, p. 64)

Si una persona tiene interés respecto al mismo bien que es materia de prescripción, la oposición sirve como el derecho que pondrá fin al procedimiento no contencioso que se esté tramitando en la vía notarial, sin la necesidad de que exista un análisis de fondo al respecto (Gonzales, 2017).

Coincidiendo dicha concepción con la postura de Gálvez (citado por Pérez, 2019, p. 50) quien señala que la oposición: “(...) es el mecanismo de defensa de las personas que puedan verse afectadas con la prescripción del inmueble”, remarcando el carácter defensivo de la oposición como tal y que su ejercicio parte de la afectación que se genera con la prescripción de determinado predio.

En ese sentido, la oposición viene a ser el derecho que debe ser ejercido por la persona que tenga interés por el predio materia de PAD y que se vea afectada por dicho procedimiento.

2.2.2.7.7.2. Marco legal

Como se ha descrito líneas arriba, la regulación de la PAD en sede notarial se inicia con la Ley N.º 27157, la cual menciona únicamente a la oposición en el numeral 5.2 de su artículo

5, prescribiendo que interponerse oposición de algún tercero, el proceso deberá de continuar su trámite en la vía judicial o arbitral.

Como es evidente, se trata de una noción genérica, la cual con posterioridad es desarrollada con mayor detalle en el Reglamento contenido en el D.S. N.º 008-2000-MTC y en el TUO del mismo reglamento contenido en el D.S. N.º 035-2006-VIVIENDA, específicamente ambas normativas recogen a la oposición en sus artículos 43, sin embargo, de una comparación a ambos artículos no se aprecia diferencia alguna, por lo que basta con analizar solo a uno de ellos.

Sin embargo, a la actualidad el procedimiento de la PAD se realiza en su totalidad conforme a lo prescrito en la Ley N.º 27333, esto a razón de que es una norma de rango superior. Por ello, en cuanto a la oposición según la Ley N.º 27333, se encuentra regulada en el artículo 5, específicamente en el literal g.

2.2.2.7.7.3. Requisitos y procedimiento

Como se señaló en el párrafo anterior la normativa aplicable es la Ley N.º 27333, la cual regula a la oposición en su artículo 5, específicamente en el literal g, el cual prescribe lo siguiente:

g) Si existe oposición de algún tercero el notario dará por finalizado el trámite comunicando de este hecho al solicitante, al Colegio de notarios y a la oficina registral correspondiente. En este supuesto, el solicitante tiene expedito su derecho para demandar la declaración de propiedad por prescripción adquisitiva de dominio en sede judicial o recurrir a la vía arbitral, de ser el caso. Ley Complementaria a la Ley N.º 26662, la Ley de Asuntos No Contenciosos de Competencia Notarial, para la Regularización de Edificaciones (Ley N.º 27333, 30-07-2000).

Del artículo citado, únicamente se señala que la oposición es presentada por algún tercero, sin embargo, no se da mayor detalle al respecto, muy por el contrario, continua la

redacción del artículo señalando que como consecuencia de la oposición el notario “concluirá” el procedimiento y procederá a informar de dicha situación al Colegio de notarios y a la oficina registral pertinente. Asimismo, señala que en cuanto al solicitante, este queda con la libertad de decidir si continua con el trámite de PAD en sede judicial o arbitral, no se consigna mayor explicación o argumento que respalde al solicitante simplemente el artículo concluye de forma estricta.

Y ante tal situación, se recurre a otra normativa que permita conocer y dar mayor alcance al respecto, por lo que se opta por recurrir a lo señalado en los artículos 43 de los D.S. N.º 008-2000-MTC y en el TUO del mismo reglamento contenido en el D.S. N.º 035-2006-VIVIENDA, de los cuales como ya se mencionó tienen la misma redacción, por lo solo se hará mención a uno de ellos, es decir al más reciente, que viene a ser el artículo 43 del TUO del reglamento contenido en el D.S. N.º 035-2006-VIVIENDA, el cual tiene tres numerales en los que recoge el tema de la oposición, pero dada la jerarquía de la norma en comentario, solo se tomará en cuenta lo señalado en cuanto a la forma de presentar la oposición, ya que en lo que respecta al procedimiento posterior se rige según lo señalado por la Ley N.º 27333.

Es así que dentro del artículo mencionado, la oposición puede ser presentada por “cualquier persona” y deberá de ser presentada por escrito, dirigido al notario ante el cual se esté realizando el procedimiento, el cual, una vez recibida la solicitud, pasará a dar por finalizado el procedimiento.

2.2.2.7.7.4. Del opositor y sus características

Como se ha señalado líneas arriba, la norma solo hace referencia en que la oposición se presenta como un escrito simple que será presentada por “cualquier persona”, sí, cualquier persona sin mayor especificación o acreditación de alguna condición especial que evidencie o motive su oposición, lo cual claramente deja con total libertad a cada individuo de la sociedad que pueda presentar dicha solicitud de oposición tenga o no un interés justificado.

Resulta importante recordar que la prescripción adquisitiva de dominio tiene sus raíces dentro de la racionalidad económica, a razón de que el otorgar riqueza se encuentra justificada con el uso y disfrute como finalidad colectiva, ya que si se otorgara títulos sin valor económico resultarían más un problema social que un beneficio (Oré, 2019).

Probablemente se haya olvidado el hecho de que la prescripción adquisitiva de dominio, más aún, la que se tramita en la vía notarial tiene la finalidad de dinamizar el tráfico jurídico y a la vez motivar la formalización del derecho de propiedad. Por lo que el dejar un vacío tan grande en la normativa representa una seria conjetura.

Se evidencia, entonces, una debilidad dentro del procedimiento de prescripción adquisitiva en la vía notarial, respecto a la oposición, pues debido a su regulación genérica permite que puedan interponerse oposiciones libremente ocasionando que el trámite concluya en sede notarial y que se derive dicha documentación a las instancias judiciales, la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos y el Colegio de Notarios, sin mayor análisis o estudio del recurso interpuesto (Pretel, 2021).

Por lo que de acuerdo con la práctica se entiende que la oposición es un medio con el que se busca finalizar el trámite notarial de la prescripción adquisitiva en la vía notarial, únicamente presentándose por escrito, sin necesidad de adjuntar pruebas, cumplir mayores formalidades o requerir una condición especial del presentante.

Así, para determinar las características del opositor, debe tenerse en cuenta que como mínimo este debe ser un “sujeto de derecho”, es decir una persona que cuente con la capacidad de ejercer sus derechos, pero que también cumple con ciertos deberes. En ese sentido realizando una similitud con la forma en la que se llevan a cabo los procedimientos judiciales, se entiende que las partes deben de acreditar su legitimidad como característica imprescindible a fin de ser admitidas en el proceso. En ese sentido, dentro de las muchas características que se atribuye a la persona, dentro del mundo jurídico, es de vital importancia la acreditación de la

legitimidad, por lo que debe ser considerada dentro de cada normativa a nivel nacional, para evitar que terceros no legitimados se inmiscuyan en procesos o procedimientos en los que su participación no es necesaria, sino que al contrario ocasionan conflicto.

En ese sentido, de acuerdo con lo establecido en la normativa ya descrita a lo largo del presente, cualquier persona se encuentra apta para realizar el trámite de la prescripción en la vía notarial, pero no se hace mayor mención en cuanto al interés que tenga la misma, es decir no se prescribe que como mínimo pueda acreditar que se opone porque es perjudicada de forma directa a razón de que tiene una vinculación real y sostenible con el bien a prescribir.

Sin embargo, se considera que el interés económico sería el factor económico sería un factor que podría justificar al opositor dentro del trámite de prescripción, pero este no sería un interés para obra legítimo, pues se ha visto cierto grupo de personas se dedican a oponerse para generar una situación condicionante a la persona que está prescribiendo, obligándola a que entregue algo a cambio de que no se presente la oposición (Pérez, 2019).

2.3. Definición de Términos

Los conceptos claves para comprender mejor el proyecto de tesis serán desarrollados a continuación:

Derecho. Facultad de hacer o exigir todo aquello que la ley o la autoridad establece en nuestro favor, o que el dueño de una cosa nos permite en ella (Real Academia Española, 2022).

Derecho subjetivo. “(...) es el derecho facultad, es el poder que me otorga el Derecho Objetivo para reclamar ante la autoridad competente el cumplimiento de un deber jurídico contraído por otra persona (...) Los derechos subjetivos pueden ser absolutos y relativos, transmisibles e intransmisibles, principales y accesorios, patrimoniales y no patrimoniales (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2022).

Prescripción adquisitiva. “La prescripción adquisitiva debe ser entendida como aquel modo de adquirir la propiedad de un bien por el transcurso del tiempo, en el cual una persona se ha comportado como su titular, ejerciendo la posesión del mismo” (Tinajeros, 2022, p. 45).

Seguridad jurídica. “(...) puede ser definida como la garantía otorgada a una persona por parte del Estado, en donde, tanto sus bienes como sus derechos no se verán vulnerados, sin embargo, si esto último llegara a producirse, le serán asegurados mediante la protección y reparación de los mismos”. (Llanos, 2019, p. 21).

Poseción. “(...) la posesión consiste en el ejercicio fáctico de uno o más poderes inherentes a la propiedad (...) (Avendaño & Avendaño, 2017, p. 31).

Justo título. “(...) es el acto jurídico válido cuya finalidad es transmitir la propiedad (...)” (Avendaño & Avendaño, 2017, p. 88).

Buena fe. “(...) es un principio general del derecho, consistente en el estado mental de honradez, de convicción en cuanto a la verdad o exactitud de un asunto, hecho u opinión, o la rectitud de una conducta (...)” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2022).

Abuso de derecho. “(...) es un postulado propio de una visión solidarista del mundo jurídico, el cual frente al interrogante de si los derechos deben reconocer algún límite en su ejercicio, lo contesta afirmativamente, procurando evitar excesos en salvaguarda de los justos intereses de los demás individuos.” (Hess, Emiliozzi & Zárate, 2010, p. 3)

Daño. “(...) como unidad conceptual puede ser analizado desde su naturaleza como perjuicio y lesión a un interés jurídicamente tutelado (**daño evento**) o desde sus consecuencias o efectos negativos, ya sean estos patrimoniales o no (**daño consecuencia**) (Pastrana, 2017)

Procedimiento. “(...) la sucesión ordenada de actos procesales a través de los cuales el proceso se sustancia, es decir, se manifiesta, toma forma, se lleva a cabo; se refiere por tanto a la manifestación externa y formal del proceso (...)” (Asencio & Calvay, 2018, p. 63)

CAPÍTULO III

HIPÓTESIS Y CATEGORÍAS

3.1. Hipótesis

3.1.1. Hipótesis general

El abuso del derecho **se relaciona de manera positiva** con la oposición en la prescripción adquisitiva de dominio en sede notarial en el Estado peruano.

3.1.2. Hipótesis específicas

- Los límites de los derechos subjetivos como presupuesto del abuso de derecho se relacionan de manera positiva con la regulación genérica de la oposición en la prescripción adquisitiva de dominio en sede notarial en el Estado peruano
- Los límites de los derechos subjetivos como presupuesto del abuso de derecho se relacionan de manera positiva con las características del opositor en la prescripción adquisitiva de dominio en sede notarial en el Estado peruano.
- La sanción para la mala fe se relaciona de manera positiva con la regulación genérica de la oposición en la prescripción adquisitiva de dominio en sede notarial en el Estado peruano.
- La sanción para la mala fe se relaciona de manera positiva con las características del opositor en la prescripción adquisitiva de dominio en sede notarial en el Estado peruano.

3.2. Categoría

Categoría	Tipo	Conceptualización
Abuso de derecho	Categoría 1	Consiste en que mediante el ejercicio de un derecho subjetivo reconocido mediante una norma, se causa perjuicio a un interés ajeno que no se encuentra protegido de forma específica por alguna norma legal (Palombella, 2006, p. 38)
Oposición en la prescripción adquisitiva de dominio vía notarial	Categoría 2	Es el derecho que ejerce el interesado con la intención de lograr la conclusión del procedimiento de prescripción adquisitiva de dominio (Pretel, 2021, p. 57)

3.3. Operacionalización de categorías.

Categorías	Dimensiones	Subdimensiones
	Derecho subjetivo	Concepto
		Teorías representativas
		Límites
	Regulación	x
Abuso de derecho (V. 1)	Criterios que evidencian el abuso de derecho	x
	Presupuestos que evidencian el abuso de derecho	x
	Abuso de derecho y mala fe	Sanción para la mala fe
Oposición en la prescripción adquisitiva de dominio en sede notarial. (V. 2)	Definición	x
	Marco legal	x
	Requisitos y procedimiento	x
	Del opositor y sus características	x

El subdimensión de la categoría 1: “abuso de derecho” se ha correlacionado con las dimensiones de la categoría 2: “oposición en la prescripción adquisitiva de dominio en sede notarial” para dar lugar a las preguntas específicas de la siguiente manera:

Primera pregunta específica: subdimensión 3 (límites) de dimensión 1 (derecho subjetivo) de la categoría 1 (abuso de derecho) + dimensión 2 (marco Legal) de la categoría 2 (oposición en la prescripción adquisitiva de dominio en sede notarial).

Segunda pregunta específica: subdimensión 3 (límites) de dimensión 1 (derecho subjetivo) de la categoría 1 (abuso de derecho) + dimensión 4 (del opositor y sus características) de la categoría 2 (oposición en la prescripción adquisitiva de dominio en sede notarial).

Tercera pregunta específica: subdimensión 1 (sanción para la mala fe) de dimensión 4 (abuso de derecho y mala fe) de la categoría 1 (abuso de derecho) + dimensión 2 (marco legal) de la categoría 2 (oposición en la prescripción adquisitiva de dominio en sede notarial).

Cuarta pregunta específica: subdimensión 1 (sanción para la mala fe) de dimensión 4 (abuso de derecho y mala fe) de la categoría 1 (abuso de derecho) + dimensión 4 (del opositor y sus características) de la categoría 2 (oposición en la prescripción adquisitiva de dominio en sede notarial).

De acuerdo con lo antes descrito se ha formulado las preguntas correspondientes contenidas en la sección 1.3 del presente trabajo y en la matriz de consistencia que obra en anexos.

Finalmente, en cuanto a la pregunta general, la estructura de la misma es la relación entre la categoría 1 (abuso de derecho) y la categoría 2 (oposición en la prescripción adquisitiva de dominio en sede notarial), por lo que la pregunta general es la siguiente:

¿De qué manera se relaciona el abuso de derecho con la oposición en la prescripción adquisitiva de dominio en sede notarial en el Estado peruano?

CAPÍTULO IV

METODOLOGÍA

4.1. Método de Investigación

El presente trabajo emplea el método de investigación jurídica dogmático, el cual tiene como objetivo la creación, modificación y cuestionamiento de las teorías ya existentes, pero sin un contraste de carácter práctico (Aranzamendi, 2013), porque lo que se analiza si la regulación genérica de la oposición en la prescripción adquisitiva de dominio en sede notarial deja la posibilidad de que el sujeto abuso de dicho derecho.

De manera más específica, en el desarrollo del trabajo, se emplea como método particular de investigación a la hermenéutica jurídica, la cual tiene como finalidad interpretar las normas, principios, contratos, sentencias, entre otros fenómenos relacionados con la conducta humana (Aranzamendi, 2013). Por lo que el referido es de gran aporte para el desarrollo de la investigación, dado que la interpretación respecto a cada categoría de estudio proporcionará mayores alcances para diagnosticar la existencia de abuso del derecho de oposición en el trámite de prescripción adquisitiva de dominio en sede notarial. Para ser precisos, se empleará la interpretación exegética y la interpretación sistemática.

4.2. Tipo investigación

Esta investigación es una investigación general del tipo básica, la cual según Díaz (2014), posee la finalidad de obtener conocimientos nuevos, no siendo obligatorio que el resultado de la misma se materialice en la vida real, si no que destaca por el aporte de conocimientos nuevos. En concordancia con los objetivos propuestos, del análisis en la investigación, se diagnostica si existe abuso de derecho en cuanto a la oposición en el trámite de la prescripción adquisitiva de dominio en sede notarial.

4.3. Nivel de Investigación

Se emplea el nivel de investigación correlacional, mediante el cual según Aranzamendi (2013), “(...) se aparenta o fuerza descubrir la existencia de una relación de causalidad de dos o más categorías o conceptos para determinar o concluir que el cambio de una de ellas sea la causa o efecto del cambio de otra” (p. 84). En ese sentido, la presente investigación considera que existe una relación particular entre el abuso del derecho y la oposición en el procedimiento de prescripción adquisitiva de dominio en sede notarial.

4.4. Diseño de Investigación

El trabajo de investigación emplea el diseño no experimental, ya que no habrá manipulación alguna de las categorías. Asimismo, es del tipo transeccional, el cual consiste en la recaudación de información en un determinado y único espacio (Sánchez, 2016), empleando las técnicas e instrumentos correspondientes.

4.5. Población y Muestra

De acuerdo con lo señalado por el profesor Aranzamendi (2010), el objetivo principal del tipo de investigación propositiva es realizar un análisis de las normas para evaluar si se requiere de una nueva. Por lo que para la investigación no se emplean métodos empíricos, sino que se revisa y analiza la normativa, doctrina y jurisprudencia específica a los conceptos jurídicos de abuso de derecho y a la oposición en la prescripción adquisitiva de dominio en sede notarial, a través de una búsqueda de material bibliográfico que contenga información al respecto.

Entonces, al ser una investigación propositiva se amolda, conforme a la clasificación, “según su aproximación a las fuentes de información” en su categoría de “investigación documental” que se establece en la Guía para la realización de trabajos de investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad Continental, en su página

12, mediante Resolución Decanal N.º 554-2019-FH-UC de fecha 30 de septiembre del 2019.

Expresado en términos más sencillos, una investigación como la nuestra no puede ser empírica, tampoco contar con casos particulares, toda vez que es notablemente teórica, pues trata del análisis interpretativo de la norma con el objetivo de saber si es coherente con el mismo sistema jurídico o no.

Por ende, cuando se trata de estudiar e interpretar normas vigentes del sistema jurídico peruano, el instrumento por extraordinario deberá ser la ficha textual o de resumen para recolectar toda la información importante de ambas variables de estudio, puesto que su técnica de recopilación es el análisis documental. Por último, la tesis será procesada a través de la argumentación jurídica, misma que brindará soporte a la logicidad entre los argumentos anotados en la tesis; de forma tal, que lo más importante, no es lo que manifiesten las opiniones sacadas de encuestas, por el contrario, que la logicidad de los argumentos versen en orden a los criterios de interpretación para que se plantee la derogación, modificación o implementación de la norma.

En ese sentido, para procurar un acopio de información veraz y confiable para la investigación, se establece los siguientes criterios de inclusión y exclusión;

- **Criterios de inclusión:** libros, artículos de investigación y tesis que contengan información de las categorías de investigación, las cuales son el Abuso de Derecho y la oposición en la Prescripción Adquisitiva de Dominio en sede notarial.
- **Criterios de exclusión:** todos aquellos que se encuentren en páginas de internet no seguras o de edición libre y aquellos artículos que no estén indexados

En suma, se analiza la normativa vigente en el ordenamiento jurídico peruano que versa en relación con las categorías en estudio.

4.6. Técnicas e Instrumentos de Recolección de Datos

4.6.1. Técnica de recolección de datos

De acuerdo con lo señalado en los párrafos precedentes, la técnica de recolección de datos a emplear es el análisis documental, ya que como principal fuente de información se tendrá a la doctrina.

4.6.2. Instrumento de recolección de datos

En esa misma línea, como instrumento de recolección de datos se emplean las fichas textuales o de resumen, ello con la finalidad de recabar la información necesaria de cada categoría de la investigación.

CAPÍTULO V

RESULTADOS

5.1. Descripción de los Resultados

5.1.1. Análisis descriptivo de resultados del objetivo uno

El objetivo uno ha sido el siguiente: los límites de los derechos subjetivos como presupuesto del abuso de derecho se relacionan de manera positiva con la regulación genérica de la oposición en la prescripción adquisitiva de dominio en sede notarial en el Estado peruano, teniendo los siguientes resultados:

Primero. Es importante remarcar que el abuso de derecho no es una figura reciente dentro del mundo jurídico, es al contrario una figura con amplia historia y evolución. Tuvo sus primeras apariciones dentro del *Digesto* en la época romana con expresiones particulares para casos concretos; con posterioridad fue empleada a través de figuras propias del Medievo como la *aemulatio* y las *inmisiones*, las cuales fueron empleadas para casos en los que existían intenciones de dañar a otros, basadas en el ejercicio de derechos legalmente permitidos. Estas figuras fueron reforzadas por el cristianismo, siendo esta corriente la que establece la necesidad de limitar los derechos para lograr el equilibrio en la sociedad.

Dicha idea captó mayor relevancia con lo resuelto en las sentencias de Colmar en 1855 y Lyon en 1856, en las cuales se establecieron dos límites al derecho de propiedad, el primero, por la falta de interés serio y legítimo y el segundo, por ejercer el derecho de forma abusiva con el ánimo de dañar a otro. Siendo por ello que se considera como fecha de aparición del abuso del derecho como tal en el siglo XIX, el cual se manifiesta en respuesta a los constantes casos de abuso de los derechos de propiedad y libertad.

Durante los años siguientes, varios ordenamientos jurídicos fueron incorporando al abuso de derecho en sus codificaciones, una de ellos fue el Código Alemán de 1896, considerando a la figura como el ejercicio de derecho con intención de causar daño. Otro cuerpo normativo que incluyó la figura en su contenido fue el Código Civil Suizo de 1908, en el que se consideraba abuso de derecho cuando se ejercía un derecho de forma contraria a la buena fe. Estas primeras incorporaciones del abuso de derecho remarcaron la idea de que su finalidad principal era limitar los derechos subjetivos para lograr el bienestar social.

A nivel de Latinoamérica, no todos los países contienen al abuso de derecho como figura dentro de sus ordenamientos jurídicos, algunos solo la han desarrollado mediante jurisprudencia o de forma desordenada en distintos cuerpos normativos; sin embargo, dentro de la legislación peruana si se encuentra regulada de manera expresa tanto en la Carta Magna del país, es decir, la Constitución Política del Perú de 1993; así como, dentro del Título Preliminar del Código Civil de 1984, en su artículo II. En ambos cuerpos normativos se describe que no se ampara el abuso del derecho.

En síntesis, resulta un gran punto de partida contar con una normativa expresa en relación con la prohibición del abuso del derecho dentro del ordenamiento jurídico peruano, ya que sobre la base de ello se presume que la sociedad peruana conoce del mismo, por lo que ejercer un derecho de forma abusiva o contraria a su finalidad claramente refleja que el sujeto estaría ejerciendo en contra de la legislación nacional, más aún si su ejercicio del derecho ocasionara daños a terceros con los que no tuviera ninguna relación.

Segundo. Establecer un concepto de derecho que guarde relación con el abuso del derecho en sí, nos ha llevado a coincidir con la definición que se le ha asignado sobre la base del enfoque tridimensional, que es una de las teorías ampliamente

conocidas dentro de la doctrina internacional y nacional, el cual considera que el derecho está integrado por tres factores los cuales son las siguientes: la norma, la realidad socioeconómica y los valores o fines que persiguen dentro del ordenamiento jurídico. La adopción de este concepto es por la necesidad de ampliar la idea de derecho más allá de un concepto teórico sino más bien relacionándolo con los factores externos que son propios de la sociedad.

Asimismo, es preciso resaltar que los derechos subjetivos reciben mayor atención en relación con el abuso del derecho, al considerar el derecho como un poder o potestad otorgada a la persona, sobre quien recae la responsabilidad de ejercerlo de acuerdo con la ley. Dentro de tal idea se encuentran los límites de los derechos subjetivos, siendo de dos tipos en específico: los intrínsecos y los extrínsecos. Además, dentro de los límites intrínsecos se encuentran todos aquellos que están relacionados con la propia naturaleza del derecho aquellos que están establecidos de manera legal y expresa en los ordenamientos jurídicos, mientras que respecto a los límites extrínsecos son aquellos que están relacionados con el cuidado de no colisionar con derechos de igual o superior rango, en no sobrepasar las buenas costumbres o las finalidades establecidas dentro de la sociedad, el no ir contra el fin social del Estado y en general a no alterar la paz y la convivencia social.

Por ello, destaca la autolimitación que conlleva cada derecho y su ejercicio dentro del ordenamiento jurídico, ya que al ejercer cualquiera de ellos la persona es consciente del modo y finalidad en la que lo va a realizar y que esta no conlleve alteraciones a terceros o la colectividad.

Tercero. La doctrina mayoritaria se ha apoyado en la aplicación del criterio objetivo al momento de evidenciar la presencia del abuso del derecho, pues se relaciona de manera directa con los conceptos antes descritos al considerar que existe abuso

cuando se ejercita el derecho con una finalidad contraria o desviada a la que lo motivo originalmente para su regulación. Ello aunado a que la esencia de este criterio guarda relación con principios generales del derecho que procuran la buena fe, las buenas costumbres y la moral a fin de preservar la convivencia social.

En esa misma línea, es preciso resaltar la importancia de los presupuestos requeridos para la configuración del abuso del derecho que se aplican dentro de la doctrina peruana, los cuales son siete, siendo el primero la existencia de un derecho subjetivo, esto resulta ser evidente, pues se requiere la existencia de un derecho subjetivo el cual va a facultar a un sujeto la capacidad de accionar u omitir el ejercicio de su derecho. Como segundo presupuesto se encuentra el conflicto con intereses ajenos, el cual deriva del primer presupuesto pues dependerá de la forma en la que se ejercite el derecho subjetivo para ver si genera como efecto un conflicto con algún interés ajeno. Como tercer presupuesto se halla el ejercicio irregular antisocial o inmoral, el cual es bastante explícito desde su denominación pues se refiere a la negatividad con la que se va a ejercer el derecho. Como cuarto presupuesto se encuentra la ocasión de un daño la cual se refiere explícitamente a que al ejercer un derecho de forma negativa claramente va a ocasionar un daño de forma tal que va a ser evidente dicha situación. Como quinto presupuesto se halla la relación causal que no es más que la relación en sí que existe entre el ejercicio del derecho subjetivo y el daño al interés del tercero. Como sexto presupuesto se encuentra la imputación el daño que en este caso, al ser el daño evidente, obviamente recae sobre quién ejerció el derecho y finalmente en cuanto al sétimo presupuesto, no se requiere de la acreditación de dolo o culpa, pues se entiende que el abuso del derecho responde al ejercicio de un derecho de forma contraria a la finalidad con la que fue inicialmente prescrito teniendo como efecto final el haber causado un daño a un tercero sin interés alguno. Estos siete presupuestos

se encuentran relacionados y guardan secuencia entre ellos, para evidenciar y acreditar la existencia del abuso del derecho según sea el caso.

Cuarto. Respecto a la prescripción adquisitiva de acuerdo con su naturaleza jurídica se considera como un modo originario de adquisición del derecho de la propiedad, ello a razón de la situación de preclusión que se le atribuye, en el sentido de que el antiguo titular perderá dicho derecho de propiedad por falta de interés dejando la posibilidad para que el poseedor que a la fecha demuestre el interés necesario sobre el bien en cuestión pueda aspirar a concretar el derecho de propiedad correspondiente. En ese sentido, la prescripción adquisitiva de dominio se define como una forma de adquisición del derecho de propiedad la cual está sujeta al cumplimiento de ciertos requisitos previstos por la ley, es empleada en los casos en que la persona que se encuentra en posesión del bien no cuente con los documentos que respaldan su derecho de propiedad pero que en el tiempo ha ejercido derechos sobre el bien como si fuera el propietario legalmente. Dentro de la legislación peruana, se han establecido distintas vías para la tramitación de la prescripción adquisitiva de dominio, como son la vía administrativa, la vía judicial y la vía notarial.

Asimismo, la prescripción adquisitiva dentro de la legislación peruana requiere acreditar la posesión continua, pacífica, pública y el comportamiento como propietario. En ese sentido, respecto a al primer elemento de posesión continua, se debe acreditar que no existe interferencia de terceros frente a la posesión. Respecto al segundo elemento, posesión pacífica, se debe acreditar que la posesión se ejerce sin violencia, o de ser el caso que se haya adquirido mediante ella, esperar a que cese la misma para que se pueda contabilizar el plazo. Tercero, del elemento de posesión pública, se debe acreditar que el ejercicio de la posesión es de conocimiento de terceros, cuantas más personas conozcan de ella, se evidenciará que el poseedor cumple tal elemento.

Finalmente, respecto al elemento de comportamiento como propietario, se acredita mediante la diligencia e interés que desprenda el poseedor a razón de que aun sabiendo que no es el propietario del bien, ejerce los derechos que le corresponderían a tal, a razón de que el propietario anterior ya ha perdido el interés sobre el bien en cuestión. El plazo a acreditar se dispone en las normas pertinentes según sean los casos.

En síntesis, la prescripción adquisitiva de dominio se ha considerado dentro de la regulación peruana con la finalidad de premiar y formalizar a los poseedores que mantengan interés legítimo y de buena fe sobre bienes que han sido descuidados por sus anteriores propietarios.

Quinto. La regulación de la prescripción adquisitiva en sede notarial se encuentra regulada de acuerdo con la Ley N.º 27157 desde el 1999, desde entonces se ha otorgado las facultades correspondientes a los notarios para que puedan realizar este tipo de procedimientos. Esta normativa se encuentra apoyada con el Decreto Supremo N.º 008-2000-MTC, el cual contiene su Reglamento; asimismo cuenta con un Texto Único Ordenado el cual fue aprobado mediante Decreto Supremo N.º 035-2006-VIVIENDA.

También, haciendo énfasis a las facultades de notario se cuenta con la Ley N.º 27333 que es complementaria a la Ley N.º 26662; ambas referidas a Ley de Asuntos no Contenciosos de Competencia Notarial.

Dentro de todos los cuerpos normativos antes señalados, resulta de vital importancia prestar atención a lo regulado en la Ley N.º 27157, su Reglamento y su TUO, pues es donde se centra la mayor información respecto a la prescripción.

Cabe precisar que la prescripción adquisitiva de dominio en vía notarial se tramita como procedimiento no contencioso, es decir para casos en los que no haya conflicto o *litis* entre las partes. Asimismo, es importante tener en cuenta la calidad del

notario, ya que solo puede ser realizada por notarios que tengan la calidad de abogados y que además tengan competencia territorial en el lugar donde se ubique el inmueble que se pretende prescribir.

Asimismo, es importante tener en cuenta las características del inmueble que se pretenden prescribir, ya que de acuerdo con las normativas señaladas solo corresponde aplicar la prescripción adquisitiva de dominio en sede notarial, para aquellos predios urbanos y terrenos con proyecto de habilitación urbana aprobada, también para predios ubicados en zonas urbanas consolidadas y que se encuentran registradas como rústicos en el registro correspondiente. Por lo que no cualquier predio puede aspirar a la prescripción adquisitiva mediante esta vía.

Sexto. La prescripción adquisitiva de dominio en sede notarial, empieza su trámite con la presentación de una solicitud por escrito dirigida al notario competente de acuerdo con la territorialidad, la misma que debe contener los generales de ley del solicitante, información clara y precisa de las características y documentos adicionales del inmueble que se pretende prescribir y los datos del último propietario del bien y los colindantes de ser el caso. Asimismo, esta solicitud deberá estar suscrita por el solicitante y por 3 a 6 personas mayores de 25 años en calidad de testigos las cuales deberán hacer una declaración de que conocen al solicitante y describir por cuánto tiempo tienen conocimiento que él posee el bien. Así mismo, de tratarse de un bien que esté registrado deberá de presentarse la copia literal de los 10 últimos años en caso de previo urbanos y de los últimos 5 en caso de inmuebles rústicos

Esta solicitud se encuentra sujeta a evaluación por parte del notario, el cual de admitirla continuará con el segundo paso que consiste en extraer una parte de la solicitud para proceder a la publicación de acuerdo con los plazos y términos prescritos por ley y en caso de tratarse de un bien inscrito deberá proceder con solicitar la

anotación preventiva ante el registro público. Así mismo, deberá empezar con la notificación a los interesados es decir al último titular conocido y a los colindantes para que éstos puedan tener conocimiento del trámite, adicional a ello se procede con la colocación de carteles en la fachada del inmueble, para que sea de conocimiento de terceros. Asimismo, el notario deberá de realizar la visita correspondiente al inmueble, donde deberá realizar un acta de presencia en el que dejará la constancia de la posición pacífica, pública y continua del solicitante, el acta contendrá además una descripción del inmueble y las declaraciones que realicen las personas que se encuentren como colindantes del predio.

Una vez realizadas todas esas actividades y luego de la última publicación del aviso, se empezará a contar 25 días después de los cuales si no ha mediado oposición, el notario tendrá dos opciones para continuar con el procedimiento: la primera es rellenar el formulario registral declarando que se adquirió la propiedad del bien por prescripción y por proceder a archivar todos los documentos adicionales en su legajo notarial y como segunda opción es que puede ser a solicitud del solicitante que se eleve a escritura pública la solicitud que presentó acompañada de todos los documentos como los avisos el acta de presencia realizado por el notario para presentarlo ante registros públicos y solicitar su inscripción ambos documentos señalados constituyen título suficiente para que se inscribe el derecho de propiedad y se cancele la titularidad del anterior propietario conocido.

Como se ha descrito, la normativa prescribe un procedimiento bastante estricto en cuanto a forma y plazo, sobre todo en la etapa inicial que es en la que se debe acreditar la posesión y demás requisitos legalmente establecidos, por lo que en razón a ello se advierte un primer filtro de vital importancia, ya que no solo implica una solicitud personal, sino que esta se acompaña con declaraciones de testigos,

notificaciones a los anteriores propietarios conocidos e incluso el ingresar al registro público para mayor evidencia de las intenciones e interés que tiene el poseedor del bien en cuestión.

Séptimo. Dentro del derecho procesal destaca el respeto por el derecho de contradicción durante los procesos civiles, pues tiene como finalidad preservar el derecho de defensa de la contraparte, en ese mismo sentido, dentro del procedimiento de prescripción adquisitiva se encuentra al derecho de oposición, el cual se ha incorporado a pesar de que la vía notarial corresponde para los casos en los que no haya *litis* o conflicto respecto del bien que se pretender prescribir, el poseedor y terceros; sin embargo se considera que se ha incluido como medida de seguridad.

Acudiendo nuevamente a la analogía dentro del proceso civil, se conoce que la persona que contradice una demanda debe de demostrar su legitimidad e interés para ingresar al proceso y defender su posición, ello asegura que dentro del proceso solo actúen las personas realmente involucradas y no terceros irrelevantes. Dicha situación no se ha visto dentro del procedimiento de prescripción adquisitiva de dominio en sede notarial, ya que partiendo de su regulación se advierte de la redacción en el numeral 5.2 del artículo 5 de la Ley N.º 27157 que se hace mención únicamente a que un tercero puede oponerse ante el procedimiento y que dada esta situación el notario dará por finalizado el procedimiento, comunicará tal hecho al solicitante, el Colegio de Notarios y a la oficina registral correspondiente dejando además el derecho del solicitante a solicitar la prescripción por la vía judicial o arbitral de hacer el caso.

No hay mayor especificación respecto al derecho de oposición en las normativas vigentes, únicamente se atribuye ciertas características respecto a la forma de presentar de esta oposición las cuales están señaladas en el Reglamento y el TUO de la Ley N.º 27157, las cuales en estos casos refieren al mismo artículo que es el artículo 43 en

ambas normativas que tienen el mismo tenor señalando únicamente que la oposición debe ser presentada por escrito y dirigido al notario ante el que se esté realizando el procedimiento de prescripción y no señalan mayores características. Esto es lo que genera un vacío legal dentro de nuestra regulación, la cual claramente puede ser aprovechada por los individuos y puede generar altercados dentro de la vida en sociedad.

5.1.2. Análisis descriptivo de resultados del objetivo dos

El objetivo dos ha sido el siguiente: los límites de los derechos subjetivos como presupuesto del abuso de derecho se relacionan de manera positiva con las características del opositor en la prescripción adquisitiva de dominio en sede notarial en el Estado peruano, teniendo los siguientes resultados:

Como ya se ha desarrollado en el primer objetivo, en los considerandos primero al tercero sobre el tema de los límites a los derechos subjetivos como presupuestos del abuso del derecho y sobre el tema de la oposición en la prescripción adquisitiva de dominio y su regulación genérica en los considerandos del cuarto al sétimo, solo nos enfocaremos en dar las características de la categoría que falta, que viene a ser las características del opositor.

Primero. En cuanto al opositor dentro del procedimiento de prescripción adquisitiva de dominio en sede notarial, es importante identificar la normativa aplicable según el rango correspondiente, en ese sentido por ser específica en la materia prevalece lo dispuesto en la Ley N.º 27333, y de manera complementaria se acude a lo dispuesto en el TUO del Reglamento de la Ley N.º 27157.

En ese orden de ideas, la oposición no tiene mayor descripción en la normativa específica, refiriéndose al opositor como “algún tercero”; mientras que en la normativa

complementaria, se señalan que puede ser “cualquier persona”. Dos términos genéricos que fácilmente pueden ser interpretados de diversas formas.

Segundo. En todo proceso, procedimiento o trámite en general, por lógica y sentido común las partes intervinientes son aquellas que tienen un interés relacionado con la conjetura que se esté desarrollando; es por dicho interés que se les conoce como partes debidamente legitimadas para emitir opiniones, presentar documentos y en concreto defender su posición frente a las de los demás.

Es por ello que dentro de los diversos cuerpos normativos de la legislación peruana, existen apartados en los que se consideran características básicas o requisitos a presentar para que una persona participe en determinado proceso, procedimiento o trámite. Sin embargo, este hecho no se ha presentado en la prescripción adquisitiva de dominio en sede notarial, pues como se ha señalado líneas arriba, el opositor puede ser “cualquier persona” o “algún tercero”, dejando una inmensa carta de posibilidades, representando ello una clara debilidad y por ende un vacío legal en cuanto a la legitimidad necesaria de una persona para involucrarse en determinado procedimiento y no solo hacerlo para lograr un fin ilegítimo.

5.1.3. Análisis descriptivo de resultados del objetivo tres.

El objetivo tres ha sido el siguiente: la sanción para la mala fe se relaciona de manera positiva con la regulación genérica de la oposición en la prescripción adquisitiva de dominio en sede notarial en el Estado peruano, teniendo los siguientes resultados:

Como ya se ha desarrollado en el primero objetivo, en los considerandos cuarto al séptimo sobre el tema de la oposición en la prescripción adquisitiva de dominio y su regulación genérica, solo nos enfocaremos en dar las características de las categorías que faltan, que viene a ser la mala fe y la sanción para la misma.

Primero. Primero es importante advertir la relación que existe entre el abuso del derecho y la mala fe, ello a razón de que el abuso del derecho comprende bastante la intención con la que el sujeto ejercita un derecho en sí, ya que si este lo va a realizar con una intención negativa estaríamos ingresando al ámbito que comprende la mala fe.

La mala fe es entendida como la forma consciente de una persona que decide actuar y ejercer un derecho del cual conoce plenamente todo y que reserva ciertas características propias de ese derecho para obtener beneficios mayores a los que les corresponden o en algunos casos para causar daño a otros.

Es por ello que destaca como característica principal de la mala fe el ejecutar un acto contrario a lo que ha establecido la normatividad ya que el sujeto del derecho conoce que la acción que va a realizar esta desviada y que puede generar consecuencias negativas pero que a pesar de ellas las realiza.

Segundo. Teniendo en cuenta que la mala fe se ubica dentro del aspecto de los derechos subjetivos por su relación con la intencionalidad debemos diferenciarla del dolo, ya que de haber dolo se estaría incurriendo en un delito, figura que claramente no corresponde al ámbito civil en el derecho.

Es por ello, que diversa doctrina ha señalado que el dolo está relacionado con el conocimiento y la intención del sujeto de realizar una actividad que claramente tiene fines ilícitos he ahí donde parte la primera diferencia con la conceptualización de la mala fe. Ya que el dolo siempre va a estar relacionado con una clara intención de dañar y es que se conoce que la acción que va a realizar está prohibida por la legislación pertinente mientras que en los casos de la mala fe existe una normativa que otorga una facultad determinada o derecho para un sujeto el cual de realizar el mismo en virtud de la mala fe va a ir en contra de la finalidad que motivó tal derecho aun cuando no genere un daño; es por ello que se considera a la mala fe como un actuar negligente de parte

del sujeto, ya que este conoce claramente el derecho que va a ejercitar el cual está prescrito de forma legal para no dañar a otras personas, pero que por su decisión lo ejercerá de forma contraria o desviada a la que originalmente fue su finalidad y que en el peor de los casos puede ocasionar daños a terceros.

En ese sentido como se pudo observar si bien el dolo puede aparentemente ser parte de la mala fe, esta se compone esencialmente con la intención de ejercer un derecho de forma contraria a la que está prescrita en la ley y cuyo resultado puede ocasionar como un efecto colateral de año a terceros, del cual el Estado es el único y pleno responsable por no haber considerado las limitantes necesarias a determinado derecho que lo protegieran y encaminarán a un correcto uso del mismo con la finalidad de evitar conflictos sociales.

Tercero. Dentro de la legislación peruana, el dolo se encuentra sancionado más aún, porque forma parte de la estructura de las conductas delictivas; mientras que la mala fe no cuenta con una sanción a nivel general como tal, siendo únicamente prevista para los casos del proceso civil, tal cual se puede ver del artículo 112 del Código Procesal Civil vigente.

El artículo antes referido describe las sanciones que el juez puede imponer a las partes dentro de los procesos civiles, ello con la finalidad de preservar un proceso correcto y evitar las malas prácticas o inconvenientes que perjudiquen con el normal desarrollo del proceso. Hecho que no se ha aplicado ni de forma analógica en el procedimiento de prescripción adquisitiva de dominio,

En síntesis, la regulación genérica del derecho de oposición dentro del procedimiento de prescripción adquisitiva de dominio en sede notarial es una gran debilidad dentro del ordenamiento jurídico ya que deja a la libertad de las personas el elegir cómo actuar abriéndole paso a la mala fe de inferir dentro de la decisión de las

personas y brindar la posibilidad de que se puedan presentar conflictos más aún porque no existe sanción alguna ante tal situación dentro de este trámite que en esencia debería ser sencillo pero que con el tiempo y la práctica se ha ido distorsionando.

5.1.4. Análisis descriptivo de resultados del objetivo cuatro

El objetivo cuatro ha sido el siguiente: La sanción para la mala fe se relaciona de manera positiva con las características del opositor en la prescripción adquisitiva de dominio en sede notarial en el Estado peruano, teniendo los siguientes resultados:

Como ya se ha desarrollado en el primero objetivo, en los considerandos cuarto al sétimo sobre el tema de la oposición en la prescripción adquisitiva de dominio; las características del opositor dentro de los considerandos del segundo objetivo y sobre la mala fe y su sanción en los considerandos del tercer objetivo, solo nos enfocaremos en dar las características de la relación entre estas categorías.

Primero. De acuerdo con la regulación actual de la oposición en la prescripción adquisitiva de dominio en sede notarial, que tiene una redacción genérica presta a interpretarse de diversas maneras, se evidencia una vacío legal que no queda solo en la falta de requisitos para su presentación si no que comprende también la falta de características que debe ostentar la persona que quiera oponerse, situación que evidencia aún más la facilidad con la que una persona podría desviar el ejercicio de tal derecho.

Segundo. En esa misma línea, la falta de criterios básicos a cumplir por el opositor dentro del procedimiento de prescripción adquisitiva de dominio, genera inseguridad jurídica pues deja desprotegidos a los poseedores que buscan formalizar su derecho de propiedad. Ello a razón de que la propia terminología empleada en las normativas vigentes significa una gran cantidad de probabilidades para oponerse, no hay un control sobre las mismas y dejan a la libre elección de aquellos “terceros” de

ejercer su derecho de forma legítima como ilegítima con una infinidad de motivaciones; exponiendo así a los poseedores a ver su procedimiento frustrado y con la necesidad de recurrir a la vía judicial para buscar una solución a su problema, mientras que aquel que se opuso no recibe ningún tipo de sanción o reprimenda por sus actos, lo cual distorsiona aún más la finalidad que tiene la norma que otorgó las facultades a los notarios para la realización de este tipo de procesos. Por lo que significa un vacío legal que genera perjuicio dentro de la sociedad.

5.2. Teorización de las Unidades Temáticas

5.2.1. La vulneración a los límites de los derechos subjetivos como presupuesto del abuso de derecho a razón de la regulación genérica de la oposición en la prescripción adquisitiva de dominio en sede notarial

Primero. El abuso de derecho es una figura presente en las legislaciones a nivel internacional desde el siglo XIX, su esencia se centra en la limitación al ejercicio de derechos con la finalidad de preservar la convivencia social.

Dentro de la regulación peruana se encuentra previsto el abuso de derecho, tal como se advierte en la Constitución Política del Perú de 1993 y en el Título Preliminar del Código Civil de 1984, ambos cuerpos normativos señalan que el Estado no ampara el abuso del derecho, por lo que la prohibición se encuentra de manera expresa dentro de nuestro ordenamiento y por tanto su aplicación es permitida en el campo del derecho.

Desde el concepto de derecho subjetivo se encuentra el derecho como una facultad o poder otorgado por el Estado al sujeto para que decida si lo ejerce o no y la forma en la que lo hará queda a criterio del mismo, siempre que respete los límites propios de los derechos subjetivos, que son los intrínsecos y extrínsecos, siendo de mayor cuidado los extrínsecos, a razón que conllevan una decisión que además de tener

en cuenta la intención personal deberá de prever no causar efectos colaterales y procurar el respeto en su entorno.

En ese orden de ideas, dentro de la legislación nacional aun cuando se prohíbe el abuso de derecho de manera expresa, no se cuenta con prerrogativas específicas al respecto, siendo que se recurre a la doctrina para analizar el mismo y determinar su existencia. Partiendo desde el criterio empleado para la identificación del abuso del derecho, se encuentra en el criterio objetivo pues se relaciona de manera directa con un actuar desviado a la finalidad del derecho y que atenta contra la buena fe y las buenas costumbres dentro de la sociedad.

Por consiguiente, evaluar los presupuestos considerados por la doctrina para la configuración del abuso del derecho, se resume en la identificación de un derecho subjetivo que ha causado conflicto a razón de haberse ejercido de forma irregular o desviada a la que fue prescrita teniendo como resultado final el haber ocasionado un daño o perjuicio a terceros. Esta evaluación de los criterios puede ser empleada para cualquier derecho prescrito dentro del ordenamiento jurídico peruano, según sea el caso en el que se sospeche o evidencie un posible abuso del derecho en sí.

Segundo. La prescripción adquisitiva de dominio es una forma de adquisición del derecho de propiedad, la cual se otorga al poseedor que no cuenta con documentos que lo acrediten como propietario pero que puede acceder a tal situación previo cumplimiento de requisitos legales como la posesión de forma pública, pacífica y continua por un periodo de tiempo legalmente establecido y actuar como si fuera el propietario demostrando así su interés por formalizar el derecho de propiedad. Dentro de la legislación peruana se cuenta con tres vías para solicitar la prescripción adquisitiva de dominio, la administrativa, judicial y la notarial.

La delegación de facultades a favor de los notarios, responde a una necesidad de la sociedad por obtener una nueva vía que permitan dinamizar diversos trámites, proceso y procedimientos; puesto que la tan común vía judicial cuenta con una carga procesal elevada que representa un constante dolor de cabeza para los usuarios, es por ello que es importante destacar esta alternativa de solución otorgada mediante la Ley N.º 27157.

La normativa antes descrita requiere de su Reglamento y este a su vez de su TUO para tener un panorama claro respecto a la regulación de los requisitos y procedimiento a seguir para la tramitación de la prescripción adquisitiva en sede notarial. Además de ello se requiere de seguir lo dispuesto en la Ley N.º 27333, la cual es complementaria a la Ley N.º 26662, ambas que regulan lo correspondiente a los procedimientos no contenciosos que son de competencia notarial, en donde se hacen ligeras modificaciones en cuanto a plazos dentro del procedimiento, prevaleciendo estas por estar dentro de una norma específica en la materia.

Empero dentro de la regulación que se le asigna a la prescripción adquisitiva de dominio en sede notarial, resalta la poca información que se encuentra en relación con el derecho de oposición, la misma que se limita a señalar que “cualquier persona” o “algún tercero” puede oponerse mediante escrito dirigido a notario que esté a cargo del procedimiento de prescripción. Dicha terminología empleada es una puerta abierta a infinidad de posibilidades, pues los conceptos por si solos no contienen limitaciones que se puedan advertir de primera mano, corresponde entonces hacer un análisis previo para entender a quienes en esencia debería de referirse, siendo lo más lógico que primero se cuente con una serie de pasos para presentar la oposición y además exigir requisitos y formalidades necesarias a fin de no perjudicar al poseedor que se encuentra

solicitando la prescripción, con la sola presentación de un escrito que bien podría no tener mayor relevancia.

Tercero. Dentro de los procedimientos de prescripción adquisitiva de dominio en sede notarial, la forma de la presentación de la oposición es múltiple mientras que la afectación en cuanto al daño económico y temporal es la misma e incluso mayor dependiendo del predio a prescribir, puesto que los costos de algunos documentos a presentar y los costos notariales tienden a ser diversos.

Ello se expone con un ejemplo breve, Kevin Flores desea formalizar su derecho de propiedad respecto a un inmueble, con la finalidad de poder dejarlo en garantía y obtener el préstamo bancario que requiere para impulsar su negocio. Es por ello que quiere realizar la prescripción adquisitiva de dominio del inmueble, el cual no está inscrito, pero si cuenta con las características para prescribirse por esta vía, por lo que invierte en la elaboración de los planos, búsqueda catastral, entre otros que según la media del mercado lograr superar los mil soles en gastos y cuya realización le llevará en promedio de 1 a 2 meses. Todo un trabajo y diligencia constante de pasos previos, para lograr la presentación ante la Notaria e iniciar el proceso; sin embargo, se presenta luego de las publicaciones una oposición de Milagros Paytan, la cual se sustenta en un escrito simple y es de un tercero que tiene rencillas con Kevin Flores las cuales no afectan su derecho de posesión y son de temas externos, sin embargo se opone ante el trámite con la finalidad de perjudicar al poseedor Kevin Flores, es así que se vale de argumentos vagos y presenta su oposición mediante un escrito simple, donde narra una secuencia de hechos, pero no adjunta documento alguno. Ante tal hecho y de conformidad con la normativa pertinente, el notario da por finalizado el procedimiento y comunica tal hecho a las entidades pertinentes y al poseedor solicitante Kevin Flores, el cual por un escrito sin mayor formalidad o sustento es perjudicado y orillado a

recurrir a la vía judicial para lograr la prescripción del inmueble, lo cual claramente representa una nueva inversión de tiempo y dinero a realizar, por lo que Kevin Flores opta por no continuar con dichos trámites y seguir viendo como un sueño la formalización de su derecho de propiedad y con ello también la imposibilidad de obtener el préstamo que requiere para su negocio.

Como se puede advertir, desde un criterio tan simple se puede llegar a perjudicar a una persona que realiza diversos esfuerzos para formalizar un derecho, esfuerzos que no son valorados por la norma, al establecer la conclusión del procedimiento de una manera tan acelerada y sin mayor fundamentación al respecto. Dicha actuación no hace más que confirmar el gran vacío que reviste la regulación de la oposición y la inseguridad latente que significa para los poseedores que quieren realizar dicho procedimiento.

En ese sentido, ante el ejemplo descrito nace la interrogante: ¿Es válido que una oposición sin fundamento cause la conclusión del procedimiento de prescripción en sede notarial?, a consideración de la autora, no es válida tal situación, por lo que se desarrollará al respecto con posterioridad.

Cuarto. De acuerdo con lo ya descrito se destaca la relación positiva entre el abuso del derecho y la oposición en la prescripción adquisitiva de dominio en sede notarial, ello se evidencia al ser el derecho de oposición un derecho subjetivo que se encuentra a disposición de la voluntad del sujeto que lo ejercerá, el cual al ver la normatividad genérica de la misma tendrá distintas posibilidades y formas de ejercerlo, pues no se cuenta con límites intrínsecos para tal derecho, lo cual representa dentro de nuestra legislación un estado de inseguridad, debido a que no es posible determinar que una persona actuará siempre de buena fe, aun cuando esta se presume en la mayoría de los casos, más aún cuando se conoce que el derecho de propiedad significa una gran

inversión económica por parte de las personas involucradas, por lo que no son solo supuestos abstractos, si no que por ejemplo el beneficio económico sería un gran impulsor a que se ejerza de manera negativa el derecho de oposición.

En ese sentido, retomando el ejemplo citado líneas arriba, una adecuada regulación de la presentación de la oposición dentro del procedimiento de prescripción adquisitiva en sede notarial generaría un filtro necesario para salvaguardar de primera mano el derecho del poseedor solicitante, pues basados en el sentido común, solo correspondería oponerse a alguien que efectivamente se pueda ver perjudicado, es por ello que no tendría mayor inconveniente en sustentar de forma documental que es el titular propietario o algún tercero con interés real, hecho que no podría realizar un tercero que por causas ajenas y con fines distintos a la prescripción pretenda inmiscuirse en el procedimiento con finalidades ajenas a la ley.

Es por ello que la regulación genérica de la oposición permite que el mismo se ejerza de forma desviada y conlleva así al abuso del derecho, ya que no cuenta con requisitos a cumplir que limiten de manera intrínseca la actuación de tal derecho subjetivo, por lo que es imperativo contar con normativa específica que prevenga el ejercicio de forma deliberada de tal derecho.

5.2.2. La vulneración a los límites de los derechos subjetivos como presupuesto del abuso de derecho a razón de las características del opositor en la oposición en la prescripción adquisitiva de dominio en sede notarial

Primero. El derecho de oposición en el procedimiento de prescripción adquisitiva de dominio en sede notarial, cuenta con una regulación genérica, mínima y vaga, la cual es un claro indicio de que es un derecho que fácilmente puede ser ejercido de forma abusiva, ya que a pesar de encontrarse regulada en varios cuerpos normativos, en ninguno de ellos se ha previsto consideraciones particulares que limiten su ejercicio

para que cumpla eficientemente con su finalidad dentro del procedimiento de prescripción adquisitiva de dominio en sede notarial, señalándose únicamente que se presenta por escrito ante el notario. Evidenciándose una incertidumbre en cuanto a las formalidades que debe revestir la misma y también el hecho de quienes serían las personas que pueden ejercer tal derecho, pero que al no haber especificaciones queda a interpretación de la sociedad, representado inseguridad para los poseedores que optan por la vía notaria para su procedimiento de prescripción.

Segundo. Retomando el ejemplo descrito en la teorización del primer objetivo, el opositor Milagros Paytan corresponde a una persona que si bien conoce al poseedor Kevin Flores, no tiene mayor interés en cuanto al inmueble que este desea prescribir, únicamente busca generar un perjuicio al poseedor Kevin Flores, por lo que advirtiendo que para la oposición no requiere mayor documento o calidad personal para su presentación, opta por presentar la misma por escrito y con ello perjudica al poseedor Kevin Flores, ya que la presentación de tal escrito, obliga al notario a dar por finalizado el procedimiento, ello de conformidad con lo señalado por las normativas vigentes, arribando nuevamente a lo señalado líneas arriba, que Kevin Flores se ve perjudicado por un tercero que aún sin interés en el inmueble que buscaba prescribir con un solo documento ha perjudicado su procedimiento y le ha generado pérdida de tiempo y dinero.

Tercero. Dentro de los aspectos considerados en la teorización del primer objetivo se hizo mención que la ausencia de requisitos para la presentación de la oposición representa un vacío legal que en la práctica se ha reflejado con la inseguridad que acecha a los poseedores que buscan lograr la prescripción.

En ese sentido, es importante recordar que dentro del mundo jurídico al tocar el término de “requisitos” se conocen los de forma y fondo siendo, que los primeros son

verificados de primera mano, valga la redundancia, para que con posterioridad y verificados los mismos se pueda estudiar los que corresponden al fondo. Usualmente los requisitos formales, se encuentran relacionados con la legitimidad del presentante y con el cumplimiento de criterios básicos como el pago de tasas entre otros.

Asimismo, la evaluación de estos requisitos se evidencia para el caso del poseedor que solicita el procedimiento de prescripción, pues debe cumplir ciertos requisitos para que su solicitud sea admitida; en ese sentido lo lógico sería que de mediar un tercero que se vea afectado ante tal solicitud, este cumpla con características similares, ya que en esencia el poseedor quiere la titularidad y por sentido común el perjudicado sería alguien ostenta el derecho de propiedad del mismo bien, siendo esta característica la más importante para que se eviten actuaciones abusivas. Por lo que regular en específico la característica de legitimidad del opositor dentro del procedimiento de prescripción adquisitiva de dominio resulta de vital importancia, pues significa implementar un límite intrínseco más para evitar el abuso del derecho.

En ese sentido, si se contara con requisitos de forma, entre ellos la acreditación de la legitimidad del opositor de manera expresa se estaría reduciendo el riesgo de que alguien sin interés justificable pretenda entorpecer el procedimiento, ya que a diferencia de los anexos documentales, la legitimidad es una cualidad que no se puede adquirir con tanta facilidad que permita burlar la ley, en ese sentido, incorporar este tipo de requisito sería una limitante al ejercicio del derecho subjetivo de oposición. Por lo que retomando el ejemplo citado líneas arriba, de señalar la norma expresamente que el opositor debe justificar su legitimidad para oponerse a razón de que ostenta el derecho de propiedad del inmueble que se pretende prescribir, claramente el escrito de oposición presentado por el opositor Milagros Paytan no habría sido admitido, por lo que el

procedimiento hubiera continuado y no se habría causado el perjuicio al poseedor Kevin Flores.

Cuarto. En la teorización del primer y segundo objetivo, se plantea la incorporación de requisitos a cumplir para la admisión de la oposición, lo cual claramente significa que también se contará con una mayor intervención del notario para la revisión de estos criterios. Siendo esta intervención la que podría ser entendida de forma errónea por algunos estudiosos del derecho, ello a razón de que la función notarial está orientada a la tramitación de actos en los cuales no media *litis*, básicamente porque el notario no cuenta con poder o facultad de resolver conflictos.

Tal opinión, olvida considerar que el delegar las facultades a los notarios para que realizaran los procedimientos de prescripción adquisitiva de dominio tiene como finalidad dinamizar el tráfico jurídico y ofrecer a los poseedores una vía alternativa para lograr el derecho de propiedad. Dentro del procedimiento existen requisitos generales a cumplir como son el acreditar la posesión pública, continua y pacífica por el tiempo en específico, la declaración de testigos colindantes y las publicaciones que tienen como finalidad divulgar que el procedimiento se encuentra en trámite, ello sin mencionar los requisitos documentales que de forma adicional se deben presentar, pero que en conjunto constituyen un expediente que no cualquier persona puede generar y pensar en que todo este esfuerzo e inversión de tiempo y dinero se puede echar a perder con la sola presentación de un escrito, significa un desbalance abismal entre las partes interesadas, más aún porque los esfuerzos son mayores de una parte que de la otra, la cual no requiere más que un escrito sin formalidad para ocasionar que el procedimiento finalice y se tenga que recurrir a otras vías, siendo mayormente la vía judicial.

Es por ello que la incorporación de requisitos para la presentación de la oposición, que se propone en el presente trabajo, no abarca a que el notario decida a su

criterio si el opositor tiene la razón o no, sino que únicamente y de la misma forma en la que evalúa los requisitos a presentar por el poseedor que desea prescribir, se ceñirá a verificar que la oposición presentada cumpla con la formalidad y se acompañe de los requisitos pertinentes, ello con el fin de cumplir el rol que se le asignó de colaborar con la reducción de la carga judicial, puesto que de no admitir oposiciones que cumplan los requisitos se estará evitando a futuro la creación de un proceso judicial en el que el opositor no podrá sostener su legitimidad y solo representará una dilación innecesaria de tiempo y recursos estatales.

Cabe precisar además que la función notarial, dentro de los últimos años ha venido siendo de amplia concurrencia para la realización de diversos trámites, ello a razón de su celeridad y la seguridad que representan, lo cual también ha motivado a que el Estado continúe delegando facultades adicionales a los notarios, siendo entre ellas la más reciente el poder realizar matrimonios.

En ese sentido, el acreditar como característica fundamental del opositor, su legitimidad para interponer la oposición es un requisito imperativo a considerar para establecer con ello una limitante intrínseca al derecho subjetivo de la oposición dentro del procedimiento de prescripción adquisitiva de dominio en sede notarial.

Por ello, se ha evidenciado que el regular un procedimiento adecuado para la presentación y atención de la oposición dentro del procedimiento de prescripción adquisitiva de dominio en sede notarial es de vital importancia, más aún cuando se plantea incorporar requisitos que permitan conocer y enervar la condición de opositor legítimo con un buen sustento documental.

5.2.3. La incorporación de sanciones a la mala fe en relación con la regulación genérica de la oposición en la prescripción adquisitiva de dominio en sede notarial

Primero. La mala fe se evidencia en la decisión de una persona para ejercer un derecho del cual conoce su amplitud pero que ocultará parte de las mismas para ejercerla y obtener un beneficio mayor al que merece, es decir que ejercerá un derecho de forma distinta a la que este prescribe e incluso con una finalidad contraria a la que le corresponde, por lo cual forma parte del abuso del derecho, más aún cuando tal ejercicio se ejerce de forma desviada y ocasiona daños a terceros.

Sin embargo, es preciso hacer una diferenciación en cuanto a la mala fe y el dolo, puesto que aun cuando parezcan lo mismo, son diferentes en sí, ya que mientras el dolo se compone por el conocimiento y la intención respecto de algo que está prohibido y a pesar de ello el sujeto lo realiza; por otro lado, la mala fe es entendida como una negligencia, puesto que el sujeto es consciente de que no se debe actuar así pero al no exigir una limitación expresa se aprovecha de lo permitido al punto de abusar de tal derecho.

Dentro de la legislación peruana, el dolo es sancionado, básicamente porque se encuentra como componente en la estructura del delito, mientras que la mala fe, dentro del campo del derecho civil es sancionada en los procesos civiles, la decisión le corresponde al juez y se aplica a las partes procesales, esto se da con la finalidad de preservar la seguridad y el correcto desarrollo del proceso.

Segundo. Empleando una vez más el ejemplo descrito líneas arriba, el opositor Milagros Paytan conoce que el poseedor Kevin Flores está realizando el procedimiento de prescripción y busca la manera de perjudicarlo, llegando a conocer el derecho de oposición el cual al no contener una regulación que exija el cumplimiento de requisitos

o implique una sanción en caso de ser empleada sin justificación opta por presentarla y lograr perjudicar al poseedor Kevin Flores, derivando una vez más a la conclusión del procedimiento y teniendo nuevamente como resultado el perjuicio de Kevin Flores y dejando a Milagros Paytan sin mayor reprochabilidad o sanción por su actuar.

Como se puede apreciar la sanción para la mala fe guarda relación con la regulación genérica de la oposición en el procedimiento de prescripción adquisitiva de dominio, puesto que la ausencia de requisitos formales permite que las personas abusen de este derecho al punto de causar daños a terceros como el caso de los poseedores solicitantes, siendo evidente que la eventual imposición de sanciones a aquellos que no justifiquen su oposición implicaría una limitación aún mayor y esto conllevaría a proteger los derechos de los poseedores.

Tercero. La regulación genérica del derecho de oposición es una situación que ha sido descrita a lo largo del presente trabajo, por lo que su reforma es claramente necesaria a fin de salvaguardar los derechos tanto de poseedores como de terceros que realmente se verían afectados, respecto de aquellos que solo quieren oponerse por motivos insuficientes y ajenos a la figura de la prescripción adquisitiva de dominio, resalta entonces la idea de aplicar sanciones como limitante para aquellos terceros que pretendan oponerse sin el sustento suficiente o inexistente en relación con el bien materia de prescripción.

En ese sentido, del ejemplo antes descrito, si dentro de la regulación de la oposición se consignara que “aquel que se opone de mala fe será sancionado” o “ la oposición requiere del pago”, el opositor Milagros Paytan encontraría un límite que aun cuando no es explícito significa una advertencia para todo aquel que pretenda presentar la oposición y pueda con ello tomar una mejor decisión antes de ejercerlo, considerando así una imposición de carácter económica como la más práctica para el caso en

específico, es decir que el derecho a oponerse se encuentre condicionado al pago de una tasa, la cual podría ser determinada en razón de un porcentaje del total de los costos notariales o del valor del bien.

Cuarto. La aplicación de sanciones, considerando a la realización de un pago por derecho de oposición como una limitante ante los opositores dentro del procedimiento de prescripción adquisitiva de dominio notarial; podría ser observada por algunos estudiosos del derecho, para quienes considerar tal aplicación podría ser abusiva para los casos en que se presenten oposiciones de buena fe, ya que de tener un sustento documental fehaciente el tener que pagar un monto de dinero adicional sería un exceso por parte de la norma.

Al respecto, es preciso determinar lo que comprendería el pago por el derecho de oposición y sobre el destino que seguiría el mismo. Así, en cuanto al monto que debe implicar este derecho, se sugiere que comprenda dos conceptos, el primero por un porcentaje (25 %) de los gastos notariales que realizó el solicitante de la prescripción y que a este se le sume un porcentaje (2 %) del valor del bien y de (0.3 %) para inmuebles cuyo valor supere un millón de soles. Ello con la finalidad de considerar que sea un monto considerable a fin de evitar que cualquiera lo pueda pagar, pero no resulte excesivo en general. Incluso se podría considerar la elevación de estos porcentajes, dadas las circunstancias con oportunidad de ser recuperado, por el ejemplo en caso de que un opositor sea de buena fe pero que por causas ajenas no cuenta al momento con los documentos, podría oponerse pagando el doble del derecho de oposición ante descrito ya que tendría en cuenta que durante la vía judicial comprobaría su relación con el inmueble y lograría recuperar tal dinero.

Ahora bien, respecto a la justificación del pago de este derecho de oposición, se considera una parte del mismo como los costos por gastos administrativos propios de

la Notaria al recepcionar, admitir y derivar el expediente a la vía judicial; mientras que lo restante sería consignado por el notario mediante un depósito judicial para que sea dispuesto por el juez cuando se haya resultado el conflicto, pudiendo ser devuelto al opositor si es que tuvo la razón o siendo otorgado al poseedor solicitante como una indemnización por el perjuicio causado.

En ese sentido, la imposición de sanciones busca evitar los casos de oposiciones de mala fe, pues implicaría una inversión de dinero no justificada ya que no la podría recuperar, mientras que de ser un opositor de buena fe recuperaría el pago al finalizar el proceso judicial, perdiendo únicamente lo que respecta a gastos notariales. Es por ello que esta alternativa no solo limitará las oposiciones de mala fe, sino que también será un impulso al opositor de buena fe para formalizar la propiedad con la inscripción registral y de ya estarlo incentivará el adquirir métodos de protección como por ejemplo el emplear el servicio de alerta registral que ofrece la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos.

Así, se evidencia que la incorporación de un pago como requisito para la interposición de la oposición, refuerza la reforma normativa que se plantea para una adecuada regulación del derecho de oposición, puesto que el pago de tal derecho representaría una inversión económica que no recuperaría el opositor, considerándose tal situación como la sanción por su actuar de mala fe.

En suma, el requerimiento de un pago por el derecho de oposición conllevaría a que el opositor evalúe el gasto económico que realizará y de no ser uno de buena fe perdería ese monto de dinero pues en el futuro proceso judicial no podría sustentar su posición y no podría recuperar el dinero pagado por derecho de oposición.

5.2.4. La incorporación de sanciones a la mala fe en relación con las características del opositor en la prescripción adquisitiva de dominio en sede notarial

Primero. Como se ha descrito a lo largo del presente trabajo, no exigir la acreditación de la legitimidad del opositor representa un gran vacío dentro del ordenamiento jurídico peruano, pues no limita el ejercicio de tal derecho para un grupo determinado de personas que podrían ser las verdaderamente perjudicadas, por lo que deja al descubierto la facilidad con la que cualquier persona puede involucrarse dentro del procedimiento de prescripción.

Segundo. Así, retomando una vez más el ejemplo ya descrito líneas arriba, se advierte que el opositor Milagros Paytan era una persona que no tenía relación con el bien a prescribir por lo que no se veía perjudicada de ninguna manera con tal procedimiento, sin embargo, al no encontrar un impedimento formal procede con la oposición únicamente con la finalidad de perjudicar al poseedor Kevin Flores, acarreado con la conclusión del procedimiento.

Como se advierte del ejemplo, la facilidad de cualquier persona para presentar la oposición aun cuando no se ve perjudicada de forma real con el procedimiento es evidente, por lo que la necesidad de establecer la acreditación de la legitimidad del opositor para que se considere válida sería de gran aporte dentro del ordenamiento jurídico y contribuiría con la seguridad dentro del procedimiento.

Tercero. Respecto a las características del opositor como se ha señalado en la teorización del segundo objetivo, destaca en principal la legitimidad del opositor, es por ello que de la misma forma en la que se plantea incorporar requisitos en los cuales se verifique la legitimidad como característica principal del opositor de manera expresa para que sea admitida la oposición también debe de considerarse la posibilidad de que

intenten dar la apariencia de una falsa legitimidad, por lo que considerar una eventual sanción a este supuesto es importante.

En ese sentido, otro requisito adicional a presentar para la admisión de la oposición en el procedimiento de prescripción adquisitiva de dominio a considerar sería la presentación de una declaración jurada en la que el presentante declare la veracidad de los hechos narrados y de los documentos que presenta como sustento de su oposición, bajo las responsabilidades correspondientes, ya que esto contribuirá a identificar que efectivamente la persona que está presentando la oposición, los hechos narrados y los documentos que acompañen a su escrito correspondan a hechos reales, fehacientes y verídicos.

En consecuencia, de existir alguna afirmación o documentación que represente una situación de ilegalidad se podrá aplicar la sanción correspondiente al opositor, puesto que este se somete a ello con la declaración jurada. Cabe precisar que la valoración de esta documentación corresponderá netamente al juez, pues una vez admitida la oposición se deriva todo el expediente a la sede judicial y será dentro del proceso en donde de advertir alguna ilegalidad o inconsistencia que corresponda responsabilidad para el opositor, será el propio juez quien derive a las autoridades correspondientes para que se inicie el procedimiento de sanción por la responsabilidad pertinente. Con esto se estaría asegurando una efectiva sanción, no solo para la mala fe desde un punto de vista económico sino también una eventual sanción adicional por la responsabilidad en la que incurra el opositor que de mala fe altere documentos, entre otros dentro del procedimiento de prescripción.

Por lo tanto, el establecer requisitos como la declaración jurada de veracidad, servirá como sustento adicional para verificar la intencionalidad del opositor, puesto que la declaración conlleva una gran responsabilidad, la cual será una clara muestra de

legitimidad verdadera como característica imprescindible del opositor, limitando con ello la intervención de opositores ilegítimos.

5.3. Discusión de los Resultados

El presente trabajo de investigación ha evidenciado que la normativa vigente en relación con el derecho de oposición en los procedimientos de prescripción adquisitiva de dominio en sede notarial, son genéricas por lo que permiten que se ejerza tal derecho de forma abusiva ocasionando perjuicio a terceros.

Tal como se puede advertir del artículo 43 del Reglamento de la Ley N.º 27157 y a la vez el artículo 43 del Texto Único Ordenado del Reglamento antes descrito, señalan como opositor a “cualquier persona” y que se presenta por escrito, sin embargo, no se establecen mayores características que promuevan la oposición con fundamentos sólidos y que sea presentada por una persona realmente perjudicada.

Tal situación se aprecia también dentro de lo regulado en el literal g, del artículo 5 de la Ley N.º 27333, en la que al referirse al derecho de oposición, solo señala que puede presentarse por “cualquier tercero” más no señala características adicionales, por lo que deja abierta infinitas posibilidades, como el hecho de que se pueda abusar de tal derecho.

Es por ello que se requiere de una modificación normativa que procure un mejor desarrollo del derecho de oposición dentro del procedimiento de prescripción adquisitiva de dominio en sede notarial, siendo que las misma no afecten las facultades que le corresponden al notario, la seguridad del poseedor solicitante y sobre todo no se emplee de forma deliberada un derecho de vital importancia para aquellos que si serían perjudicados. En concordancia con ello se pretende realizar la modificación del literal g, del artículo 5 de la Ley N.º 27333.

Las debilidades de la presente investigación se subsumen en la diversidad de criterios que existen dentro de la doctrina con respecto a la naturaleza jurídica del abuso de derecho como institución jurídica, pues se tuvo que adoptar los criterios de aceptación mayoritaria, ocurriendo similar situación con los presupuestos que se emplean para la determinación del abuso del derecho. Asimismo, se ha notado que no se consideró realizar entrevistas personales a notarios de la zona, para conocer sus apreciaciones respecto del tema en estudio. A pesar de ello, las fortalezas de la presente investigación se sustentan en la relación directa que se describió entre las categorías de estudio, las cuales son detalladas dentro de las teorizaciones de cada objetivo, puesto que la regulación genérica de la oposición y no evaluación de la legitimidad del opositor representan la vulnerabilidad de tal derecho para que sea abusado.

En esa misma línea, los resultados obtenidos en la presente investigación, coinciden con otros trabajos que han sido realizados; por ejemplo, el trabajado realizado por Etchichury & Pasquale (2019) con el artículo jurídico titulado “Abuso del derecho, propiedad e interés social; nuevas claves para la revisión de políticas habitacionales”, cuyo propósito fue reconocer la relación existente entre el derecho de propiedad y el abuso del derecho ya que sobre la base de este, busca promover normas que limiten el abuso de derechos que se relacionen con la propiedad.

Es por ello, que coincidimos con el aporte del artículo jurídico, ya que se evidencia y destaca la relación entre el abuso del derecho y el derecho de propiedad, haciendo énfasis en que es necesaria la adecuada normativa para los diversos derechos y procedimiento que se desarrollen en relación con el derecho de propiedad, puesto que de no contar con límites expresos, estos pueden ser abusados en su ejercicio.

En esa misma línea, tenemos el trabajo realizado por Peralta (2022) con el trabajo de investigación titulado: “Prescripción adquisitiva de dominio y derecho a la propiedad en sede notarial”, el cual tuvo como propósito el evidenciar la o beneficiarios que es la delegación de facultades a los notarios para que vean procedimientos de prescripción adquisitiva de dominio, con la finalidad de disminuir la carga procesal y procurar el derecho de propiedad de las personas.

En relación con el trabajo descrito, coincidimos con los resultados obtenidos, porque evidencia que la actividad notarial es de gran apoyo para el aligeramiento de la carga procesal, asimismo porque se demuestra que los poseedores son los más beneficiados al contar con una nueva alternativa para solicitar la formalización de su derecho de propiedad. Sin embargo, discrepamos respecto a que al tomar de referencia la regulación peruana, no se advirtió que la regulación genérica de la oposición implica inconvenientes dentro del procedimiento.

Por otro lado, tenemos el trabajo realizado por Gallegos (2020) con la tesis: “La oposición en la prescripción adquisitiva de dominio notarial y su problemática”, la cual tuvo como propósito evidenciar el perjuicio que se causa a los poseedores en el proceso de formalización de la propiedad con la presentación de la oposición por un tercero de mala fe.

Al respecto, coincidimos con los resultados obtenidos en la investigación señalada, pues se evidencia que la regulación genérica de la oposición en la prescripción adquisitiva de dominio es manipulable al punto de ser empleada como condicionante para la obtención de un provecho económico a cambio de no entorpecer el procedimiento, abusando de tal derecho y causa miedo y perjuicio a los poseedores que se encuentran inmersos en tales procedimientos, siendo los traficantes de terreno en su

mayoría quienes sacan provecho de tal situación. Sin embargo, no compartimos a totalidad con las conclusiones de la investigación pues no ha considerado cuales serían las características o criterios a incluir.

De forma similar, tenemos el trabajo realizado por Pretel (2021) con la tesis: “La oposición al proceso de prescripción adquisitiva de dominio en sede notarial”, cuyo propósito fue identificar los perjuicios que generaban los vacíos de la normativa vigente de la prescripción adquisitiva de dominio, por no contar con criterios específicos para su ejercicio, haciendo especial énfasis en el derecho de oposición.

Al respecto, debemos señalar que coincidimos en parte con los resultados obtenidos en la investigación antes señalada, pues ha evidenciado que la falta de criterios que regulen la oposición en el procedimiento de prescripción adquisitiva en sede notarial, conlleva a que esta se derive al juzgado no cumpliendo con la finalidad de reducir la carga judicial. Sin embargo, discrepamos con la propuesta que presenta tal investigación, en el sentido de que propone una única modificación respecto al literal g del artículo 5 de la Ley N.º 27333, señalando como formalidades a situaciones que no conllevan a un cambio con éxito, puesto que si bien limita el derecho del opositor, las situaciones que plantea como “formalidades” son más bien casos particulares que no aseguran el no abuso del derecho de oposición, por ejemplo su primera formalidad señala que “el opositor debe ser colindante frente a la propiedad a prescribir”, de una simple lectura se advierte que solo los colindantes podrían oponerse, lo cual no guarda coherencia. La segunda y tercera finalidad, considero, son aquellas que pueden resultar obvias en abstracto, sin embargo, no consigna una forma material mediante la cual se pueda dar mayor sustento a los mismos, por lo que tampoco cubren a totalidad una reforma normativa concreta que ayude a resolver el conflicto.

En suma, los resultados obtenidos hasta el momento significan un fortalecimiento de la seguridad jurídica dentro del procedimiento de prescripción adquisitiva de dominio en sede notarial, tanto para los poseedores de buena fe que pretenden prescribir, como para los opositores que se vean afectados para lograr oponerse cuando sea pertinente y no dejar tal derecho a disposición de cualquier tercero.

Sería oportuno que a futuro, otros investigadores puedan generar **una nueva investigación** sobre las facultades de los notarios en los procedimientos de formación de títulos supletorios donde también se contempla la figura de la oposición y si su regulación es pertinente teniendo en cuenta la esencia del procedimiento; además se podría profundizar en las limitaciones de la actuación notarial en procedimientos especiales recientemente delegados que inicialmente correspondían a autoridades como Jueces entre otros.

Finalmente, en cuanto a las **fortalezas** advertidas en la investigación, resalta el haber identificado aspectos pertinentes y sólidos para la formulación de una propuesta de mejora completa que asegure el adecuado procedimiento de prescripción adquisitiva de dominio en sede notarial. Y, en cuanto a las **debilidades**, el no haber accedido a ciertos materiales de investigación que se encontraban protegidos por las propias universidades o, los artículos de revista que requerían un pago previo para su acceso.

5.4. Propuesta de Mejora

Como resultado de lo descrito, se plantea una modificación a la normativa que hace referencia al derecho de oposición dentro del procedimiento de prescripción adquisitiva de dominio en sede notarial, es decir respecto al literal g del artículo 5 de la Ley N.º 27333 para que tengan el tenor siguiente:

Artículo 5. Del trámite de prescripción adquisitiva de dominio (...)

g) Sí, existe oposición el notario deberá verificar que cumpla con las siguientes formalidades:

- i. Presentación por escrito, dirigida al notario en el que se esté realizando el trámite.
- ii. Presentar copia del DNI del presentante de la oposición.
- iii. Deberá estar suscrita por abogado colegiado y habilitado.
- iv. El escrito debe contener una breve narración de los hechos que describan la relación del presentante opositor con el inmueble a prescribir, verificándose además que los documentos mencionados deberán estar como anexos del escrito. La verificación no implica una valoración de forma ni fondo, únicamente su presentación.
- v. Declaración jurada notarial sobre la veracidad de los hechos y documentos presentados, bajo responsabilidad civil, penal o administrativa correspondiente, independientemente a cualquier pago por el derecho de oposición.
- vi. Declaración jurada con firma legalizada por notario de tres testigos mayores de 25 años que sean colindantes al inmueble en prescripción, donde señalen que conocen al presentante de la oposición y describan además la relación del opositor con el inmueble.
- vii. Realizar el pago por el derecho de oposición, el cual es igual a la suma del 25 % de los gastos notariales que realizó el solicitante de la prescripción sumado con 2 % del valor total del bien siempre que sea menor a un millón de soles, ya que de ser mayor correspondería el pago del 0.3 % del valor total del bien.

Excepcionalmente, de existir un opositor legítimo que se ve afectado y no cuente al momento con los documentos que sustenten su oposición, se admitirá su oposición con la presentación de los otros requisitos debiendo pagar el doble del pago por derecho de oposición, a fin de sustentar con ello su interés real en realizar la oposición.

De cumplir los requisitos antes señalados, el notario admitirá la oposición y dará por finalizado el trámite y procederá a remitir todo lo actuado al juez correspondiente, bajo responsabilidad, a fin de continuar el trámite de conformidad con lo señalado por la Ley N.º 27157, su Reglamento y TUO del mismo, comunicando de este hecho al solicitante, al Colegio de notarios y a la oficina registral correspondiente.

CONCLUSIONES

1. Se identificó que los límites de los derechos subjetivos como presupuesto del abuso de derecho se relacionan de manera positiva con la regulación genérica de la oposición en la prescripción adquisitiva de dominio en sede notarial en el Estado peruano a razón de que tal derecho no cuenta con requisitos a cumplir que limiten su actuación, es por ello que se requiere contar con normativa específica que prevenga el ejercicio de forma deliberada de tal derecho.
2. Se identificó que los límites de los derechos subjetivos como presupuesto del abuso de derecho se relacionan de manera positiva con las características del opositor en la prescripción adquisitiva de dominio en sede notarial en el Estado peruano, por consiguiente, la incorporación de requisitos que permitan conocer y enervar la condición de opositor legítimo con un buen sustento documental, resulta de vital importancia.
3. Se identificó que la sanción para la mala fe se relaciona de manera positiva con la regulación genérica de la oposición en la prescripción adquisitiva de dominio en sede notarial en el Estado peruano, porque el requerimiento de un pago por el derecho de oposición conllevaría a que el opositor evalúe el gasto económico que realizará por lo que de no ser uno de buena fe perdería ese monto de dinero pues en el futuro proceso judicial no podría sustentar su posición y no tendría derecho a devolución alguna.
4. Se identificó que la sanción para la mala fe se relaciona de manera positiva con las características del opositor en la prescripción adquisitiva de dominio en sede notarial en el Estado peruano, ya que el establecer requisitos como la declaración jurada de veracidad, servirá como sustento adicional para

verificar la intencionalidad del opositor, la cual será una clara muestra de legitimidad verdadera, limitando con ello la intervención de opositores ilegítimos

5. Se analizó que el abuso del derecho se relaciona de manera positiva con la oposición en la prescripción adquisitiva de dominio en sede notarial en el Estado peruano, ya que la regulación genérica actual de tal derecho, permite que cualquier persona pueda interponer la oposición sin mayor cumplimiento de requisitos o acreditación de legitimidad del presentante por lo que representa un gran problema de inseguridad jurídica que afecta a la sociedad.

RECOMENDACIONES

1. Se recomienda, que dentro de un periodo de tiempo prudente se incorpore la propuesta de modificación normativa señalada en el presente trabajo, para que se desarrolle con mayor seguridad el procedimiento de la prescripción adquisitiva de dominio en sede notarial.
2. Se recomienda, tener especial cuidado con la interpretación de los resultados del presente trabajo de investigación, ya que no se ha desnaturalizado la función notarial, sino que solo se ha ampliado para que pueda verificar criterios de admisión de la parte opositora y por consiguiente continúe con su derivación a la sede judicial.
3. Se recomienda a los legisladores que procuren dentro de su función normativa evitar la regulación de derechos y sus procedimientos de forma genérica o ambigua, pues ello permite el libre ejercicio de los mismos, los cuales los hace pasibles de ser ejercidos abusivamente y alterar con ello la vida en sociedad.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alferrillo, P. (2011). La “mala fe”. *Vniversitas*, (122), 441-481. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82522606015>
- Aranzamendi, L. (2010). *La investigación jurídica. Diseño del proyecto de investigación. Estructura y redacción de la tesis*. Grijley
- Aranzamendi, L. (2013). *Instructivo teórico-práctico del diseño y redacción de la tesis en derecho*. Editora y Librería Jurídica. Grijley.
- Arteaga, J. (2019). *Los medios probatorios y su incidencia en los juicios de prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio*. [Tesis de Pregrado, Universidad Regional Autónoma de los Andes, Quevedo, Ecuador]. Repositorio Institucional <https://dspace.uniandes.edu.ec/handle/123456789/11243>
- Asencio O. & Calvay Y. (2018). Implementación de requisitos para presentar una oposición en un procedimiento de prescripción adquisitiva de dominio en sede notarial. [Tesis de Pregrado, Universidad Privada Antonio Guillermo Urrel, Perú]. <http://repositorio.upagu.edu.pe/bitstream/handle/UPAGU/749/TESIS%20ASENCIO%20SANTOS%20FINAL.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Avendaño, J., Avendaño, F. (2017). *Derechos Reales* (1ra ed. - 3ra Reimpresión). Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2019.
- Barros, E. (1999). Límites de los derechos subjetivos privados. Introducción a la doctrina del abuso de derecho. *Derecho y Humanidades*, (7), 11-37 <https://revistas.uchile.cl/index.php/RDH/article/view/25764>
- Carazas, S. (2019) La oposición en los trámites notariales de saneamiento de titulación de predios, Lima-2018. [Tesis de Pregrado, Universidad Alas Peruanas, Lima, Perú]. Repositorio Institucional <https://repositorio.uap.edu.pe/handle/20.500.12990/2/browse?type=author&value=Carazas+Quipo%2C+Silvia>
- Carrillo, J. (2018). Los principios generales del derecho y sus implicancias en el mejoramiento del servicio de la administración de justicia. *Ius Vocatio*, 1(1), 15-32. <https://doi.org/10.35292/iusVocatio.v1i1.425>
- Castillo, M. & Chipana, J. (2016). *El Código Civil a través de sus modificaciones. Un análisis exhaustivo para su correcta aplicación*. (1ra ed.) Gaceta Jurídica.
- Código Civil (02.06.1936), Ley N.º 8305. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H630902>
- Código Civil (06.08.1975), Decreto Ley N.º 12760. http://www.silep.gob.bo/norma/4451/ley_actualizada

- Código Civil (19.10.1994), Ley N.º 16603. <https://parlamento.gub.uy/node/127727>
- Código Civil (24.07.1984), Decreto Legislativo N.º 295. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H682684>
- Código Civil. (24.07.1889). BOE-A-1889-4763. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>
- Constitución Política del Perú (29.12.1993) <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H682678>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, (2022). Tesoro. <https://www.corteidh.or.cr/sitios/tesoro/tr2454.htm>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, (2022). Tesoro. [https://biblioteca.corteidh.or.cr/tesoro/termino/Derecho %20subjetivo#result](https://biblioteca.corteidh.or.cr/tesoro/termino/Derecho%20subjetivo#result)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, (2022). Tesoro. [https://biblioteca.corteidh.or.cr/tesoro/termino/Principio %20de %20buena %20fe#result](https://biblioteca.corteidh.or.cr/tesoro/termino/Principio%20de%20buena%20fe#result)
- Cossú, J. (2021). Límites intrínsecos y extrínsecos al ejercicio de los derechos subjetivos. *Revista Científica Orbis Cognitiona*, 5(1), 106-124. <https://doi.org/10.48204/j.orbis.v5n1a7>
- Cuentas, E. (1997). El abuso del Derecho. *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de derecho*, 51, 463-484. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5085322>
- Dacasa, E. (2022). Teoría del abuso del derecho. *Muuch' Xiimbal Caminemos Juntos*, (14), 129-154. <https://doi.org/10.26457/mxcj.v0i14.2965>
- Díaz, E. (2014). *Investigación básica, tecnología y sociedad. Kuhn y Foucault*. Universidad Nacional de Colombia. Instituto de Ciencias Naturales. <https://repositorio.unal.edu.co/handle/unal/83035>
- Díez-Picazo, L. (1992) El abuso del derecho y el fraude de la ley en el nuevo Título Preliminar del Código Civil español y el problema de sus recíprocas relaciones. *Ius Et Veritas*, 3(5), 5-14. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15338>
- Escobar, F. (1998). El derecho subjetivo. Consideraciones en torno a su esencia y estructura. *Ius et Veritas*, (16), 280-298. [https://scholar.google.es/scholar?hl=es&as_sdt=0%2C5&q=El+derecho+subjetivo+Consideraciones+en+torn %20o+a+su+esencia+y+estructura&btnG=](https://scholar.google.es/scholar?hl=es&as_sdt=0%2C5&q=El+derecho+subjetivo+Consideraciones+en+torn%20o+a+su+esencia+y+estructura&btnG=)
- Etchichury, H. & Pasquale, M. (2019). Abuso del derecho, propiedad e interés social: nuevas claves para la revisión de políticas habitacionales. *Revista de Direito da Cidade*, 11(3), 256-275.

<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/39589/32511>

- Fajardo, P. (2021). *Implicancias jurídico-procesales de la deficiente tramitación registral del proceso de prescripción adquisitiva de dominio*. [Tesis de Segunda Especialidad, Universidad Católica de Santa María, Arequipa, Perú]. Repositorio Institucional <https://repositorio.ucsm.edu.pe/handle/20.500.12920/11061>
- Galarreta, D. (2022). *La mala fe en la usucapión de bienes inmuebles en el Perú*. [Tesis de Pregrado, Universidad Católica Los Ángeles de Chimbote, Cañete, Perú]. Repositorio Institucional <https://repositorio.uladech.edu.pe/handle/20.500.13032/28777>
- Gallegos, W. (2020). *La oposición en la prescripción adquisitiva de dominio notarial y su problemática* [Tesis de Pregrado, Universidad Nacional Federico Villareal]. Repositorio Institucional. <https://repositorio.unfv.edu.pe/handle/20.500.13084/4423>
- Gálvez, I. (2014). *Manual de derecho registral y notarial* (1ra edición). Editora y Distribuciones Ediciones Legales.
- Gonzales, G. (2015). El abuso del derecho: Entre la modernidad y la postmodernidad. *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, (11), 1-33 <https://w3.ual.es/revistas/RevistaInternacionaldeDoctrinayJurisprudencia/pdfs/2015-12/EL%20ABUSO%20DEL%20DERECHO%20ENTRE%20LA%20MODERNIDAD%20Y%20LA%20POSMODERNIDAD.pdf>
- Gonzales, G. (2017). *La usucapión fundamentos de la prescripción adquisitiva de dominio*. Gaceta Jurídica.
- Hess, E., Emiliozzi, E., & Zárate, J. (2010). La naturaleza jurídica del abuso del derecho. *Cartapacio de Derecho: Revista Virtual de la Facultad de Derecho*, 3(18), 1-27 <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3736893>
- Jara F. (2016). *Criterios para la calificación del ejercicio abusivo del derecho en la administración de justicia en la corte superior de Ancash, periodo 2006-2008*. [Tesis de Maestría, Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo, Huaraz, Perú]. Repositorio Institucional. <http://repositorio.unasam.edu.pe/handle/UNASAM/2589>
- Larico, Y. (2017). *Delimitación de la pretensión y las causales para postular la nulidad de prescripción adquisitiva de dominio y el tratamiento de la responsabilidad notarial* [Tesis de Pregrado, Universidad Nacional del Altiplano, Puno, Perú]. Repositorio Institucional. <https://tesis.unap.edu.pe/handle/20.500.14082/6111>
- Ley Complementaria a la Ley N.º 26662, Ley de Asuntos No Contenciosos de Competencia Notarial, para la Regularización de Edificaciones (27 julio 2000) Ley N.º 27333. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H793446>

- Ley de Regularización de Edificaciones, del Procedimiento para la Declaratoria de Fábrica y del Régimen de Unidades Inmobiliarias de Propiedad Exclusiva y de Propiedad Común. (19 julio 1999). Ley N.º 27157. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H785818>
- Llanos, G. (2019). *La Seguridad Jurídica Registral a partir de la oposición al procedimiento registral en trámite, la cancelación del asiento de inscripción y las modificaciones de los Artículos 2013 y 2014 del Código Civil, en la Zona Registral N.º IX – Sede Lima*. [Tesis de Pregrado, Universidad San Ignacio de Loyola, Lima, Perú]. Repositorio Institucional. <https://repositorio.usil.edu.pe/entities/publication/db57ef35-7b9c-450d-ac8e-b474dfae1907>
- Lluis y Navas, J. (2020). El abuso de derecho según la doctrina y la jurisprudencia. *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*. <https://www.acaderc.org.ar/2020/02/25/el-abuso-de-derecho-segun-la-doctrina-y-la-jurisprudencia/>
- Mandujano, A. (2018). *Nivel de eficacia del otorgamiento de competencias a las notarías en la materia de prescripción adquisitiva de dominio en la ciudad de Huancayo – 2017*. [Tesis de Pregrado, Universidad de Huánuco, Perú]. Repositorio Institucional <http://repositorio.udh.edu.pe/handle/123456789/1408;jsessionid=B07A40307018025C33384F863118AFFE>
- Mayordomo, D. (2013). Hermenéutica de la teoría del abuso del derecho. *Revista Perspectivas de las Ciencias Económicas y Jurídicas*. 3(2), 35-54. <https://cerac.unlpam.edu.ar/index.php/perspectivas/article/view/3355>
- Oré, T. (2019). *Oposiciones y oponentes sin legitimidad en los procedimientos de prescripción adquisitiva de dominio notarial de la región Ayacucho, período 2015-2017* [Tesis de Pregrado, Universidad Nacional San Cristóbal de Huamanga]. Repositorio Institucional. [http://repositorio.unsch.edu.pe/handle/UNSCH/1438/browse?type=author&order=ASC&rpp=20&value=Or %C3 %A9+Gamboa %2C+Tania+Petronila](http://repositorio.unsch.edu.pe/handle/UNSCH/1438/browse?type=author&order=ASC&rpp=20&value=Or%C3%A9+Gamboa%2C+Tania+Petronila)
- Ordoqui, G. (2014). *Abuso de derecho*. Editora Ediciones Legales.
- Ortiz, J. (2011). *Tratamiento del abuso del derecho en la Jurisprudencia de las Salas de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador*. [Tesis de Grado, Universidad San Francisco de Quito - Ecuador]. Repositorio Institucional. <https://repositorio.usfq.edu.ec/handle/23000/910>
- Palacios, E. (2016). Temeridad o Mala Fe. En *Código Procesal Civil Comentado*. (pp. 654-662). *Gaceta Jurídica S.A.* [http://www.estudiopalacios.net/inc/Temeridad %20o %20mala %20fe.pdf](http://www.estudiopalacios.net/inc/Temeridad%20o%20mala%20fe.pdf)
- Palombella, G. (2006). El abuso del derecho, del poder y del rule of law. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 29, 33-58. <http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/9955>

- Pastrana, F. (10/03/2017). La clasificación de los daños en la responsabilidad civil. *LP Pasión por el derecho*. [https://lpderecho.pe/la-clasificacion-de-los-danos-en-la-responsabilidad-civil-2/#:~:text=El %20da %C3 %B1o %20como %20unidad %20conceptual,da %C3 %B1o %20consecuencia\) %5B3 %5D](https://lpderecho.pe/la-clasificacion-de-los-danos-en-la-responsabilidad-civil-2/#:~:text=El%20da%C3%B1o%20como%20unidad%20conceptual,da%C3%B1o%20consecuencia)%5B3%5D).
- Peralta, J. (2022). *Prescripción adquisitiva de dominio y derecho a la propiedad en sede notarial*. [Tesis de Pregrado, Universidad Católica Cuenca, Ecuador]. Repositorio Institucional <https://dspace.ucacue.edu.ec/handle/ucacue/12478>
- Pérez, D. (2019). *Efectos de la actual regulación normativa de la oposición a la prescripción adquisitiva de dominio predial notarial* [Tesis de Pregrado, Universidad Nacional de Trujillo]. Repositorio Institucional. <https://dspace.unitru.edu.pe/handle/UNITRU/15450>
- Pretel, J. (2021). *La oposición al proceso de prescripción adquisitiva en sede notarial*. [Tesis de Pregrado, Universidad Privada del Norte, Perú]. Repositorio Institucional. <https://repositorio.upn.edu.pe/handle/11537/28108>
- Ramírez, E. (2019). *La oposición de mala fe y la seguridad jurídica dentro del proceso de prescripción adquisitiva de dominio de bien inmueble en sede notarial en la provincia de Huamanga, periodo 2015-2018*. [Tesis de Maestría, Universidad Nacional de San Cristóbal de Huamanga, Ayacucho, Perú]. <http://repositorio.unsch.edu.pe/handle/UNSCH/5009>
- Real Academia Española. (2022). *Diccionario de la lengua española*. de <https://dle.rae.es/derecho>
- Real Academia Española. (2023). *Diccionario panhispánico del español jurídico*. <https://dpej.rae.es/lema/mala-fe>
- Reglamento de la Ley N.º 27157 de Regularización de Edificaciones, del Procedimiento para la Declaratoria de Fábrica y del Régimen de Unidades Inmobiliarias de Propiedad Exclusiva y de Propiedad Común (17/02/2000) Decreto Supremo N.º 008-2000-MTC. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H789330>
- Ricaldi, D. & Ramírez, J. (2021). *La indebida utilización de la oposición en el procedimiento de prescripción adquisitiva de dominio de predios, en la ciudad de Huancayo, 2018*. [Tesis de Pregrado, Universidad Nacional Peruana Los Andes, Huancayo, Perú] Repositorio Institucional <https://repositorio.upla.edu.pe/handle/20.500.12848/3340>
- Rivadeneira, P. (2021). *El abuso del derecho en la legislación ecuatoriana y la seguridad jurídica de las partes procesales*. [Tesis de Pregrado, Universidad Regional Autónoma de los Andes, Riobamba, Ecuador]. Repositorio Institucional [https://dspace.uniandes.edu.ec/handle/123456789/13841#:~:text=El %20abuso %20del %20derecho %20se,Torres %20J. %20 %2C %202015](https://dspace.uniandes.edu.ec/handle/123456789/13841#:~:text=El%20abuso%20del%20derecho%20se,Torres%20J.%20%2C%202015)

- Rodríguez, J. (2020). El ejercicio abusivo de derecho del acreedor y su incidencia en el proceso de ejecución de garantías. *IUS: Revista De investigación De La Facultad de Derecho*, 9(1), 101-122. <https://doi.org/10.35383/ius-usat.v9i1.329>
- Rodríguez, D. (1940) El abuso del derecho. *Revista de la Universidad Católica*. N.º8-9, Tomo VIII. <https://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/53367>
- Rojas, G. (2020). *Análisis jurídico acerca del abuso de derecho por parte de quien posee la tenencia del menor en casos de pensiones alimenticias*. [Tesis de Pregrado, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Ecuador]. Repositorio Institucional <http://repositorio.ucsg.edu.ec/handle/3317/14572>
- Rubio, M. (2015) *Para conocer la Constitución de 1993* (Quinta edición). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Rutherford, R. (2013). La “*aemulatio*” y el abuso del derecho. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, (35), 635-651. <https://dx.doi.org/10.4067/S0716-54552013000100020>
- Sánchez, F. (2016). *La investigación científica aplicada al derecho*. Normas Jurídicas Ediciones.
- Segarra, G. (2021). *La mala fe: nociones para el Ecuador*. [Tesis de Pregrado, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Ecuador]. Repositorio Institucional <http://repositorio.ucsg.edu.ec/handle/3317/17510>
- Texto Único Ordenado del Reglamento de la Ley N.º 27157, Ley de Regularización de Edificaciones, del Procedimiento para la Declaratoria de Fábrica y del Régimen de Unidades Inmobiliarias de Propiedad Exclusiva y de Propiedad Común. (08/11/2006) Decreto Supremo N.º 035-2006-VIVIENDA. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H931323>
- Tinajeros, M. (2022). El procedimiento administrativo de prescripción de dominio de bienes inmuebles ante las municipalidades provinciales. *YachaQ: Revista De Derecho*, (13), 41-56. <https://doi.org/10.51343/yq.vi13.914> Universidad Nacional Autónoma de México (2016-2017). Derecho subjetivo y derecho objetivo. [https://programas.cuaed.unam.mx/repositorio/moodle/pluginfile.php/153/mod_resource/content/1/derecho-subjetivo-objetivo/index.html#:~:text=Por%20ello%2C%20Villoro%20Toranzo%20\(1994,la%20vida%20humana%20en%20sociedad.](https://programas.cuaed.unam.mx/repositorio/moodle/pluginfile.php/153/mod_resource/content/1/derecho-subjetivo-objetivo/index.html#:~:text=Por%20ello%2C%20Villoro%20Toranzo%20(1994,la%20vida%20humana%20en%20sociedad.)
- Vargas, R. (2015). *Ejercicio abusivo del derecho y su influencia en el incremento de la carga procesal del poder judicial*. [Tesis de Postgrado, Universidad Nacional de Trujillo, Perú]. Repositorio Institucional <http://dspace.unitru.edu.pe/handle/UNITRU/5731>

ANEXOS

Anexo 01 Listado de abreviaturas

AD	Abuso del derecho.
EAD	Ejercicio abusivo del derecho.
PAD	Prescripción adquisitiva de dominio.
TUO	Texto Único Ordenado.

Anexo 02 Matriz de consistencia

Formulación del problema	Objetivos de la investigación	Hipótesis de la investigación	Categorías	Metodología
Problema general	Objetivo general	Hipótesis general	Categoría 1	Tipo y nivel de investigación
¿De qué manera se relaciona el abuso del derecho con la oposición en la prescripción adquisitiva de dominio en sede notarial en el Estado peruano?	Analizar la manera en que se relaciona el abuso del derecho con la oposición en la prescripción adquisitiva de dominio en sede notarial en el Estado peruano.	El abuso del derecho se relaciona de manera positiva con la oposición en la prescripción adquisitiva de dominio en sede notarial en el Estado peruano.	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Abuso de derecho. Dimensiones <ul style="list-style-type: none"> • Límites al ejercicio de derechos subjetivos. • Sanción para la mala fe. 	La investigación es de tipo “Básico o Fundamental” con un nivel “Correlacional” y un enfoque cualitativo.
Problemas específicos	Objetivos específicos	Hipótesis específicas	Categoría 2	Diseño de investigación
¿De qué manera los límites de los derechos subjetivos como presupuesto del abuso de derecho se relacionan con la regulación genérica de la oposición en la prescripción adquisitiva de dominio en sede notarial en el Estado peruano?	Identificar la manera en que los límites de los derechos subjetivos como presupuesto del abuso de derecho se relacionan con la regulación genérica de la oposición en la prescripción adquisitiva de dominio en sede notarial en el Estado peruano	Los límites de los derechos subjetivos como presupuesto del abuso de derecho se relacionan de manera positiva con la regulación genérica de la oposición en la prescripción adquisitiva de dominio en sede notarial en el Estado peruano	<ul style="list-style-type: none"> ➤ oposición en la prescripción adquisitiva de dominio vía notarial 	El diseño es no experimental, del tipo transeccional.
¿De qué manera los de los derechos subjetivos como presupuesto del abuso de derecho se relacionan con las características del opositor en la prescripción adquisitiva de dominio en sede notarial en el Estado peruano?	Identificar la manera en que los límites de los derechos subjetivos como presupuesto del abuso de derecho se relacionan con las características del opositor en la prescripción adquisitiva de dominio en sede notarial en el Estado peruano.	Los límites de los derechos subjetivos como presupuesto del abuso de derecho se relacionan de manera positiva con las características del opositor en la prescripción adquisitiva de dominio en sede notarial en el Estado peruano.	Dimensiones <ul style="list-style-type: none"> • Regulación genérica. • Características del opositor. 	Técnica de Investigación Observación del fenómeno a estudiar.
¿De qué manera la sanción para la mala fe se relaciona con la regulación genérica de la oposición en la prescripción adquisitiva de dominio en sede notarial en el Estado peruano?	Identificar la manera en que la sanción para la mala fe se relaciona con la regulación genérica de la oposición en la prescripción adquisitiva de dominio en sede notarial en el Estado peruano.	La sanción para la mala fe se relaciona de manera positiva con la regulación genérica de la oposición en la prescripción adquisitiva de dominio en sede notarial en el Estado peruano.		Procesamiento y Análisis Se procesará mediante las fichas textuales
¿De qué manera la sanción para la mala fe se relaciona con las características del opositor en la prescripción adquisitiva de dominio en sede notarial en el Estado peruano?	Identificar la manera en que la sanción para la mala fe se relaciona con las características del opositor en la prescripción adquisitiva de dominio en sede notarial en el Estado peruano.	La sanción para la mala fe se relaciona de manera positiva con las características del opositor en la prescripción adquisitiva de dominio en sede notarial en el Estado peruano.		Método General Se utilizará el método jurídico dogmático.
				Método Específico Se pondrá en práctica la hermenéutica jurídica.

Anexo 03 Aprobación del Comité de Ética



"Año de la unidad, la paz y el desarrollo"

Huancayo, 27 de julio del 2023

OFICIO N°0431-2023-CIEI-UC

Investigadores:

ROSARIO CLAUDIA FLORES PANEZ

Presente-

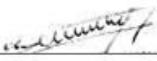
Tengo el agrado de dirigirme a ustedes para saludarles cordialmente y a la vez manifestarles que el estudio de investigación titulado: **EL ABUSO DEL DERECHO Y LA OPOSICIÓN EN LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA DE DOMINIO EN SEDE NOTARIAL EN EL ESTADO PERUANO.**

Ha sido **APROBADO** por el Comité Institucional de Ética en Investigación, bajo las siguientes precisiones:

- El Comité puede en cualquier momento de la ejecución del estudio solicitar información y confirmar el cumplimiento de las normas éticas.
- El Comité puede solicitar el informe final para revisión final.

Aprovechamos la oportunidad para renovar los sentimientos de nuestra consideración y estima personal.

Atentamente




Walter Calderón Gerstein
Presidente del Comité de Ética
Universidad Continental

C.c. Archivo.

Arequipa

Av. Los Incas S/N,
José Luis Bustamante y Rivero
(064) 412 030

Calle Alfonso Ugarte 607, Yanahuara
(064) 412 030

Huancayo

Av. San Carlos 1980
(064) 481 430

Cusco

Urb. Manuel Prado - Lote B, N° 7 Av. Collasuyo
(084) 480 070

Sector Angastura KM. 10,
carretera San Jerónimo - Saylla
(084) 480 070

Lima

Av. Alfredo Mendola 5210, Los Olivos
(01) 213 2760

Jr. Junín 355, Miraflores
(01) 213 2760

Anexo 04 Proyecto de Ley

PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA

EL LITERAL “G” DEL ARTÍCULO 5 DE LA LEY N.º 27333

1. Exposición de motivos

La prescripción adquisitiva de dominio en sede notarial, se ha convertido en una de las vías más empleadas para los ciudadanos que buscan formalizar su derecho de posesión y obtener el derecho de propiedad de manera segura, más ágil y práctica.

Sin embargo, dichos beneficios antes descritos, se han visto empañados en un aspecto en particular, referente a la oposición. Pues como se advierte en la normativa vigente, este derecho a oponerse no cuenta con requisitos o formalidades que aseguren su ejercicio adecuado, por lo que a la fecha esta siendo empleado con fines distintos al procedimiento de prescripción como tal.

En ese sentido, con la finalidad de asegurar que procedimiento de prescripción adquisitiva de dominio en sede notarial se desarrolle sin obstáculos innecesarios, es pertinente modificar la normativa y con ello construir al fortalecimiento de nuestro sistema jurídico.

Por ello, se ha considerado la implementación de requisitos a cumplir para que sea admitido el ejercicio del derecho de oposición y con ello se límite la intervención de personas ilegítimas y sin interés real en los procedimientos de prescripción adquisitiva de dominio en sede notarial, generando con ello seguridad jurídica para los poseedores que buscan prescribir con justo derecho.

2. Cambio propuesto:

Redacción vigente del literal “g” del artículo 5 de la Ley N.º 27333:

Artículo 5. Del trámite notarial de prescripción adquisitiva de dominio

(...)

- g) Si existe oposición de algún tercero el notario dará por finalizado el trámite comunicando de este hecho al solicitante, al Colegio de notarios y a la oficina registral correspondiente. En este supuesto, el solicitante tiene expedito su derecho para demandar la declaración de propiedad por prescripción adquisitiva de dominio en sede judicial o recurrir a la vía arbitral, de ser el caso.

Redacción propuesta por la investigación:

Artículo 5. Del trámite de prescripción adquisitiva de dominio (...)

- g) Si existe oposición el notario deberá verificar que cumpla con las siguientes formalidades:
 - Presentación por escrito, dirigida al notario en el que se esté realizando el trámite.
 - Presentar copia del DNI del presentante de la oposición.
 - Deberá estar suscrita por abogado colegiado y habilitado.
 - El escrito debe contener una breve narración de los hechos que describan la relación del presentante opositor con el inmueble a prescribir, verificándose además que los documentos mencionados deberán estar como anexos del escrito. La verificación no implica una valoración de forma ni fondo, únicamente su presentación.

- Declaración jurada notarial sobre la veracidad de los hechos y documentos presentados, bajo responsabilidad civil, penal o administrativa correspondiente, independientemente a cualquier pago por el derecho de oposición.
- Declaración jurada con firma legalizada por notario de tres testigos mayores de 25 años que sean colindantes al inmueble en prescripción, donde señalen que conocen al presentante de la oposición y describan además la relación del opositor con el inmueble.
- Realizar el pago por el derecho de oposición, el cual es igual a la suma del 25 % de los gastos notariales que realizó el solicitante de la prescripción sumado con 2 % del valor total del bien siempre que sea menor a un millón de soles, ya que de ser mayor correspondería el pago del 0.3 % del valor total del bien.

Excepcionalmente, de existir un opositor legítimo que se ve afectado y no cuenta al momento con los documentos que sustenten su oposición, se admitirá su oposición con la presentación de los otros requisitos debiendo pagar el doble del pago por derecho de oposición, a fin de sustentar con ello su interés real en realizar la oposición.

De cumplir los requisitos antes señalados, el notario admitirá la oposición y dará por finalizado el trámite y procederá a remitir todo lo actuado al juez correspondiente, bajo responsabilidad, a fin de continuar el trámite de conformidad con lo señalado por la Ley N.º 27157, su Reglamento y TUO del

mismo, comunicando de este hecho al solicitante, al Colegio de notarios y a la oficina registral correspondiente.

3. Costo - beneficio

La presente iniciativa no generará costos, ni afecta el presupuesto de las entidades públicas.

Contribuye a fortalecer la seguridad jurídica de los poseedores que buscan formalizar su derecho de posesión mediante el procedimiento de prescripción adquisitiva de dominio, sin verse obstaculizado por personas ilegítimas y sin interés real.